

# LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

IGNACIO CAMPOY CERVERA  
*Universidad Carlos III de Madrid*

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN, ALGUNOS PROBLEMAS DE INICIO

En la Constitución española de 1978 sólo existe un artículo que expresamente esté dedicado a regular los derechos de las personas con discapacidad, el artículo 49, cuyo texto dice: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

La referencia a los derechos que se incorporan en el Título en el que el artículo 49 se inserta es la referencia al Título I, que es el dedicado a "De los derechos y deberes fundamentales". La inserción en este Título del artículo 49, así como en el Capítulo Tercero de dicho Título I, que lleva por título "De los principios rectores de la política social y económica", hace que dicho artículo se incorpore en uno de los sistemas de reconocimiento y protección de derechos fundamentales que en la propia Constitución se establecen. Por eso, creo que su análisis habría de realizarse atendiendo a tres vías de estudio diferentes. La primera, saber qué contenido se deriva directamente del texto constitucional; la segunda, entender qué pro-

tección se deriva para las personas con discapacidad conforme a su ubicación en la Constitución; y la tercera, determinar si del resto de normas del texto constitucional podemos derivar directamente una más amplia protección para las personas con discapacidad.

### **1.1. El contenido de lo establecido en el artículo 49 de la Constitución**

Una adecuada comprensión del enunciado normativo permitiría entender que en el mismo se ven reflejados los dos modelos que respecto a las personas con discapacidad se han venido desarrollando en las últimas décadas: el "médico" o "rehabilitador", que empezó a funcionar tras la Segunda Guerra Mundial, y el "social", que sólo comenzó su andadura en los años sesenta y setenta del pasado siglo en el ámbito anglosajón y cuyos efectos directos empezamos a ver más patentes en el momento actual (prueba de ello es, por ejemplo, la aprobación en nuestro país de la reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad -BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003-). Al estudio de estos modelos (y de uno anterior, considerado de "prescindencia") ha dedicado una excelente investigación la profesora Palacios<sup>1</sup>. Conforme a la misma, se puede señalar, muy brevemente, que lo que caracteriza al modelo "rehabilitador" es que en el mismo se entiende que las personas con discapacidad han de integrarse en la sociedad a través de la superación de sus deficiencias -físicas, sensoriales o psíquicas-, que hay, pues, que "rehabilitar" a la persona para que pueda, así, incorporarse a un marco social "normalizado". En este sentido, recordemos que las palabras del artículo 49 señalaban que "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". Parece que las expresiones "tratamiento, rehabilitación" y "disminuidos" señalan cla-

<sup>1</sup> A. PALACIOS, *La discapacidad frente al poder de la normalidad. Una aproximación desde tres modelos teóricos*, Madrid, 2004.

ramente en esa dirección. Se considera que las personas con discapacidades son disminuidos, es decir, conforme a lo que señala la Real Academia Española de la Lengua "Que han perdido fuerzas o aptitudes, o las poseen en grado menor a lo normal"; y que, por consiguiente, hay que rehabilitarlos, volver a habilitar, de nuevo conforme al Diccionario de la Real Academia, "Habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado", en nuestro caso se supone que a un antiguo estado que para las personas que tienen una discapacidad de nacimiento sería, en realidad, el estado de un modelo ideal de hombre. Es mediante ese tratamiento y rehabilitación que se ha de conseguir la integración social del individuo a un mundo "normalizado"<sup>2</sup>.

El modelo "social", sin embargo, estaría caracterizado por que se considera que la integración social de las personas con discapacidad pasa, en una medida muy importante, por la adaptación del entorno social a las especiales capacidades de las personas, de forma tal que se haya de garantizar el que las personas con discapacidad tengan las mismas oportunidades que el resto de los individuos de la sociedad para el autogobierno de su vida. Dejando, aparte algunas manifestaciones que entiendo que corren el riesgo de apuntar a extremos difícilmente compartibles -como la comprensión

<sup>2</sup> Así, cabe observar como en 1996 la interpretación que hace, por ejemplo, el profesor Vida Soria de este artículo casaría con ese modelo "rehabilitador". Pues, para este autor, habría que correlacionar este artículo "con los artículos 41 y 43, que tratan, respectivamente, del "Régimen público de Seguridad Social" y del "Derecho a la Salud". La separación operada por el artículo 49 no puede ser interpretada sino como un reiterado deseo de singularizar, política y jurídicamente, una acción de protección social que normalmente se viene llevando a cabo precisamente en los marcos de una política sanitaria general y dentro de los mecanismos clásicos de la Seguridad Social. No parece que quepa duda que las fundamentales acciones de protección a los disminuidos se van a seguir situando dentro de esos mismos marcos y a través de esos mecanismos. Es cierto que una protección integral de los disminuidos va más allá de esas coordenadas y que no se puede limitar a acciones de protección sanitaria, que puede no ser directamente necesaria, o de Seguridad Social, que se traduce típicamente en «prestaciones sociales». Sin embargo, eso será un tema del ámbito material de tal protección; y no, desde luego, de mecanismos institucionales y jurídicos; éstos, sin duda, seguirán siendo los de siempre Y, por lo que después se dirá, creo que se trata de una fórmula adecuada". (En E. **VIDA SORIA**, "Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos", en O. ALZAGA VILLAAMIL, (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV. Artículos 39 a 55, Editoriales de Derecho Reunidas Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. 359-368)

de que la discapacidad es simplemente una construcción social, y por consiguiente artificial, que sirve para la opresión de un grupo de individuos de la sociedad, o la idea de que la discapacidad aporta un valor positivo de la diversidad a la sociedad-, lo cierto es que este modelo casa más claramente con la idea, que considero absolutamente esencial y a la que después me habré de referir, que entiende que el centro último de justicia de nuestras sociedades ha de ser garantizar que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado, incluyendo, evidentemente, a las personas con discapacidad, y que para ello se ha de atender a los impedimentos ajenos a las propias personas con discapacidad, derivados de la construcción de un modelo de sociedad y de relaciones sociales que en muy numerosas ocasiones las incapacitan para ese pretendido autogobierno de su vida mucho más que las incapacidades que se les pueden achacar a sus personas individualmente consideradas. Respecto a este modelo "social", poco podemos ver directamente reflejado en el texto constitucional. Recordemos que su enunciado decía: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". No obstante, algunos de los términos utilizados -como son la "integración" y el reconocimiento que se hace de que se les ha de amparar especialmente para el disfrute de todos los derechos que ese Título I reconoce y protege para todos los ciudadanos<sup>3</sup>-, pueden ser perfectamente utilizados para que un intérprete -y en su caso, pues, también el legislador-, "atento a los signos de los tiempos" pudiera atribuirle el

<sup>3</sup> Lo que constituye un elemento esencial del artículo, pues como señala López Guerra al referirse a la parte final de este artículo 49: "El sentido de esta cláusula no deja de ser oscuro, al prever una «protección especial» de difícil intelección; pero sí deja claro que la Constitución parte de que, sin perjuicio de actuaciones prestacionales, la minusvalía no puede ser impedimento para el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente a todos los ciudadanos". (En L. LÓPEZ GUERRA, "Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia", en O. ALZAGA VILLAAMIL, E. ARNALDO ALCUBILLA, M. A. CABRA DE LUNA, L. LÓPEZ GUERRA y R. DE LORENZO (dirs.), *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, col. "Solidaridad", Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 35).

contenido necesario para entender que en él tiene cabida el modelo "social", lo que permitiría que quedase justificado el desarrollo normativo correspondiente para su adecuada implementación<sup>4</sup>.

Por otra parte, es necesario tener presente que el nuevo modelo "social" no se construye sobre las cenizas del anterior modelo "rehabilitador", sino que, conforme a una interpretación más constructiva y real del mismo, lo que se ha de producir es una convivencia adecuada entre los dos modelos, en la que si bien ha de primar el modelo "social", se entiende, igualmente, que las medidas y tratamientos que se desarrollaron a favor de las personas con discapacidad son medios que a veces resultan necesarios para la consecución del fin subrayado desde el modelo "social", el de que las personas con discapacidad puedan diseñar y desarrollar sus planes de vida en igualdad de oportunidades que el resto de los miembros de la sociedad. En este sentido, la forma de conseguir alcanzar ese fin pasa, necesariamente, por la comprensión de que la sociedad es responsable en buena medida, tal y cómo está estructurada, de que las personas con discapacidad no puedan, o les sea muy difícil, alcanzar ese ideal de autogobierno. Pero esa consideración no tiene que hacernos olvidar que también las deficiencias que afectan a una persona pueden limitarle seriamente -de forma más o menos importante, dependiendo del tipo de discapacidad que se trate-, en el desarrollo, e incluso en el mismo diseño, de sus planes de vida, lo que hace, pues, que también sea necesaria la existencia de medidas de tratamiento médico.

Es decir, que la primera conclusión que podríamos apuntar es que el único reconocimiento explícito que la Constitución realiza de los derechos de las personas con discapacidad está apuntalado sobre la base de un modelo, el "médico" o "rehabilitador", que hay que superar, pero que, sin embargo, el enunciado de la norma permite una interpretación extensiva de la misma que dé cabida a lo que se propugna desde el modelo "social".

<sup>4</sup> Comparto, en este sentido, el planteamiento que hiciese Díez-Picazo de que: "si el legislador está atento a los signos de los tiempos y se pliega a ellos, la ley que se inscribe en la corriente de estos signos cumple un papel importante como instrumento de dinamización del cambio. Una ley contribuye siempre a crear unos hábitos y unas estructuras mentales mediante las cuales el cambio es favorecido". (En L. Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 1ª ed., 1973, 3ª ed. (corregida y puesta al día), Ariel, Barcelona, 1999, p. 312).

En todo caso, y también conforme a esa interpretación, lo que sí queda claro del texto del artículo 49 es que se exigen medidas concretas a los poderes públicos a fin de que se produzca la pretendida integración social de las personas con discapacidad, y éstas puedan, así, disfrutar de los derechos fundamentales. Es decir, se reconoce la obligación del Estado de articular medidas con esos fines, acciones positivas del Estado que tiene como contraparte beneficios para las [personas con discapacidad a través del disfrute de sus derechos. Una exigencia que casa perfectamente con el modelo de Estado social y democrático de Derecho que, conforme a lo estipulado en el artículo 1.1 de la Constitución, es en lo que se constituye España a partir de la validez y eficacia de la propia Constitución, y que encuentra su principio regulador básico en lo establecido en el artículo 9.2, aunque sobre este punto concreto volveré más adelante<sup>5</sup>.

## 1.2 La protección del artículo 49

Conforme a lo que he señalado en el apartado anterior, el artículo 49 supuso, en principio y conforme al modelo "rehabilitador", el

<sup>5</sup> Unas exigencias que van mucho más allá de una simple declaración de voluntad, como parece indicar el profesor Vida Soria, que reconoce al artículo 49 como un precepto "voluntarista", "por la sencilla razón de que este objetivo de la sociedad solidaria (en este caso solidaria para con esos disminuidos) que entienda implantar un determinado modo de convivencia posiblemente no pueda alcanzarse a través de ningún mecanismo normativo -incluido el constitucional-, siendo más que probable que sólo una determinada cultura pueda dar respuesta satisfactoria a esta cuestión y a cuestiones semejantes. Y porque, desde luego, si ello se pudiera alcanzar a través de un mecanismo normativo, no lo sería con uno del tipo global que nuestra Constitución consagra, y que se basa en unos sistemas económicos y sociales globales no especialmente aptos para producir o incentivar esos mecanismos solidarios que se declaran. La Constitución, es, pues, «voluntarista» en este artículo; y ello en el sentido de indicar, se puede aceptar que sinceramente, un objetivo a cumplir sin contar con el apoyo social y cultural suficientes; y sin la fuerza normativa suficiente para cumplir con ese objetivo, que del tenor literal del precepto se podría deducir como muy enérgico". (En E. VIDA SORIA, "Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos", cit., p. 358).

Sin embargo, como pretendo señalar en estas páginas, el cambio cultural y social que Vida Soria echaba de menos ya se está asentando en nuestras sociedades, y, como también pretendo justificar, la Constitución (evidentemente con el apoyo del resto del Ordenamiento jurídico y la pertinente actividad judicial y de los diferentes órganos administrativos) sí ofrece "herramientas" suficientes para llevar a la práctica ese cambio con respecto a los derechos de las personas con discapacidad.

establecimiento de una serie de obligaciones que el Estado debía cumplir en beneficio de las personas con discapacidad, debido a la especial situación de indefensión y desamparo en la que les situaban sus propias incapacidades; aunque era posible atender a una interpretación diferente del precepto, más acorde con los tiempos actuales y, consiguientemente, con el modelo "social". Pero habría que entender ahora qué protección concreta se establecía para las personas con discapacidad derivada de la ubicación de ese artículo 49 en el Capítulo III del Título I de la Constitución. La Constitución española, en su artículo 53 (aunque también se podría atender a lo establecido en otros de sus artículos, como es el caso significativo de los artículos 167 y 168 que tratan de la posible reforma constitucional), establece tres diferentes niveles de protección de los derechos fundamentales, que son identificados por dónde son reconocidos en el texto constitucional<sup>6</sup>.

Así, un nivel intermedio de protección se establece respecto de los derechos reconocidos en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título I, para los que el artículo 53.1 establece que los mismos "vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)", que es el que regula el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Mientras que el máximo nivel de protección lo obtendrán el artículo 14 y los que quedan comprendidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I, es decir los comprendidos en los artículos del 15 al 29, aunque también se beneficia de esa especial protección, en alguna medida, la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. En relación con esos derechos, se reconocen las mismas garantías establecidas respecto a los derechos de la Sección segunda del Capítulo segundo del Título I, pues el artículo 53.1 se refería a todos los derechos comprendidos en ese Capítulo segundo, incluido, pues, la sección primera del mismo. Pero, además, el artículo 53.2 establece que cualquier ciudadano puede recabar su tutela "ante los Tribunales ordinarios por un proce-

<sup>6</sup> Un minucioso estudio del artículo 53 puede verse en L. PRIETO SANCHIS, "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, pp. 367-425.

dimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, [y aquí se incorpora también la objeción de conciencia del artículo 30] a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". Sin embargo, la protección para los derechos comprendidos en el Capítulo tercero de ese Título I es mucho más débil. El artículo 53.3 simplemente establecerá que "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Es decir, y esto sería una segunda conclusión que podemos ya apuntar, que los derechos que se derivaban directamente del artículo 49 de la Constitución en ningún caso se puede entender que constituyen derechos subjetivos que sus titulares pudieran hacer valer, frente a las acciones u omisiones de los poderes públicos, ante los Tribunales de justicia. Son, simplemente, mandatos genéricos de actuación, sin acciones determinadas que se puedan exigir, sin límites definidos más allá de lo que sea la vulneración clara del mandato o de otras normas constitucionales, que sólo se concretarán con la acción de los poderes públicos y, más adecuadamente, con lo que se determine por la acción del legislador<sup>7</sup>. Supone, pues, una

<sup>7</sup> Es decir, que, como dice el profesor Peces-Barba, "Son normas jurídicas cuyos destinatarios son los poderes públicos, sin esa ley que les desarrolla, y actúan como principios de organización -llamados principios rectores- que obligan al legislador ordinario, al reglamentario, y al juez, así como a los restantes operadores jurídicos, que no podrán realizar ninguna actuación jurídica que los contradiga. No son pues plenamente derechos, aunque sí son normas jurídicas inspiradas en los valores que fundamentan los derechos, y además de rango constitucional, protegidas por el recurso de inconstitucionalidad". Y así lo reconocerá nuestro Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 45/1989, "la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título 1 de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género -cf., por ejemplo, nuestra STC 155/1987 (RTC 1987X155)-, ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente



protección muy insuficiente y débil para las personas con discapacidad, si conforme a la misma quisieran ver garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales y, así, alcanzar la igualdad de oportunidades, respecto al resto de los ciudadanos, para el autogobierno de sus vidas, para poder diseñar y desarrollar sus planes de vida en el ejercicio de la autonomía de su voluntad.

### **1.3. La protección directa a través del reconocimiento de derechos en la Constitución**

Si la protección que se garantiza a las personas con discapacidad conforme a lo que se estipula en el artículo 49 de la Constitución resulta insatisfactoria, cabría preguntarse si podría encontrarse una más adecuada protección en los derechos fundamentales que con carácter general se reconocen en el texto constitucional. En este sentido, cabe realizar tres tipos de consideraciones.

La primera, es que los derechos fundamentales se reconocen en la Constitución a todos los ciudadanos, en principio. Aunque, de hecho, la terminología que usa la Constitución es muy variada al referirse a esa extensión de los derechos a todos los individuos que quedan bajo el amparo y el imperio de sus normas, y, así, habla de "Toda persona", "Los españoles", "Todos", etc. Pero lo que es obvio (y no hace falta acudir, pues, al texto del artículo 49) que a las personas con discapacidad se les reconocen como titulares de todos los derechos que se establecen en la Constitución en igual medida que se le reconoce esa titularidad al resto de los individuos de la sociedad.

La segunda, es que, no obstante, no existe ninguna referencia explícita en la Constitución -más allá de la ya apuntada del artículo 49- que permita entender que el constituyente tuvo en consideración a las personas con discapacidad y a las especiales situaciones que les afectan a la hora de reconocer derechos fundamentales. Por lo que no se regulan ni derechos específicos de las personas con

protegida". (Vid. la cita de Peces-Barba en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG y M. C. BARRANCO AVILES), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, col. "Derechos Humanos y Filosofía del Derecho", Dykinson, Madrid, 2004, p. 283).

discapacidad, ni la forma en que se entiende en que pueden disfruta» (conforme a la formula que utilizaba el artículo 49) de los derechos fundamentales que el Título I otorga a todos los ciudadanos.

La tercera, derivaría, precisamente, de la falta de concreción que existe en el articulado de la Constitución a la hora de determinar en qué medida se puede entender que los derechos fundamentales, de los que también son titulares las personas con discapacidad, pueden ser ejercidos por éstas. En este sentido, si no encontrásemos en la Constitución nada que nos lo impidiese, habría que ir a lo regulado en las leyes, y, así, poder entender que, conforme regula el artículo 200 del Código Civil, "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". No obstante, esta solución podría llegar a significar que, finalmente, la indeterminación sobre cómo y por qué se pueden poner límites a la capacidad de ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se concrete en una limitación excesiva de la misma. Y el impedimento en el ejercicio de los derechos fundamentales es el camino más seguro para impedir el autogobierno y el que las personas puedan diseñar y desarrollar sus propios planes de vida.

Estas tres consideraciones dejan apuntado un problema crucial para las personas con discapacidad, como es la necesidad de determinar cómo se puede facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales y cuándo se puede considerar que el mismo ha de serle limitado o negado a una persona con discapacidad. Problema que, en definitiva, queda abarcado dentro del esencial problema de entender cómo afecta a las personas con discapacidad el objetivo básico de que las personas puedan diseñar y desarrollar sus propios planes de vida en el ejercicio autónomo de su voluntad. El estudio de la Constitución podrá darnos elementos decisivos para establecer soluciones pertinentes. A ello dedicaré un segundo apartado.

### LAS "HERRAMIENTAS" DE LA CONSTITUCIÓN

La insatisfactoria respuesta que parece darnos el texto constitucional respecto al reconocimiento y protección de derechos fundamentales que se hace de las personas con discapacidad se consigui-

rá superar a través de una interpretación del texto constitucional en su conjunto, a mi parecer adecuada y ajustada a la moral positiva y crítica actual de nuestras sociedades occidentales, y más concretamente con la de unos artículos básicos que marcan su centro ideológico y ético. Así, me referiré, primero, al artículo 10.1, complementado con el 10.2 y el 96.1; y, por otra parte, al artículo 1.1, complementado con las dimensiones de los artículos 14 y 9.2<sup>8</sup>.

De hecho, creo que estamos viviendo un momento de necesaria apertura de la interpretación del texto constitucional, una posibilidad que el profesor Luis Prieto ya anunciara en un trabajo de 1984: "es posible que, como ha sucedido con otras Constituciones, el paso del tiempo obligue a recurrir con mayor frecuencia a las disposiciones de principio y a extraer de ellas todas sus consecuencias para dotar de significado actual y operativo a los preceptos constitucionales". Y así, entender la incorporación de la nuevas dimensiones de la moralidad crítica en el ordenamiento jurídico, una idea que muy bien expresa el profesor Peces-Barba referida aquí a los valores pero que entiendo que también casaría perfectamente con los principios del artículo 10.1, como hago en el texto principal, "Así se puede hablar de valores superiores positivizados y de valores superiores críticos que se enriquecen en la cultura y en la historia, por el esfuerzo y por la reflexión del hombre y que pretenden convertirse en valores legalizados. El cauce para la positivación de las dimensiones de esa moralidad crítica no será ya la Constitución, sino la legislación y la jurisprudencia que la interpreta y la aplica. En ese sentido se puede decir que los valores superiores contienen todas la virtualidades de posibles desarrollos posteriores, o dicho de otra manera, que la moralidad legalizada incluye también a todas las posibilidades de la moralidad crítica que sean coherentes con el sis-

<sup>8</sup> Estoy de acuerdo, en este sentido, con Lucas Verdú cuando manifestaba que: "El comentario, e interpretación, de normas como el artículo 1.º o como el artículo 10 (dignidad de la persona y derechos que le son inherentes), puramente exegético, relativizan abusivamente su profundo mensaje. Reproducen el obsoleto positivismo del constitucionalismo de entreguerras que tanto contribuyó al desarme ideológico y moral de la democracia liberal". (En P. LUCAS VERDÚ, "Artículo 1.º Estado Social y Democrático de Derecho", en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo I. Preámbulo y Artículos 1 a 9*, Editoriales de Derecho Reunidas Cortes Generales, Madrid, 1996, p. 119).

tema sin perjuicio de la dimensión creadora que toda norma supone .

## 2.1. El objetivo último del libre desarrollo de la personalidad

El artículo 10.1 de la Constitución, con el que se abre el Título I "De los derechos y deberes fundamentales", establece que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Entiendo, con buena parte de la doctrina, que los objetivos planteados en este artículo se han de entender como los objetivos últimos que se han de perseguir con la construcción del Estado social y democrático de Derecho en que, conforme señala el artículo 1.1, se constituye el Estado español tras la aprobación del texto constitucional. Son, en este sentido, el fundamento real del orden político jurídico que rige en la sociedad española<sup>9</sup>. No obstante, creo que los objetivos establecidos en ese artículo décimo no están

<sup>9</sup> En L. PRIETO SANCHÍS, "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, núm. 11, 1984, p. 88; y en G. PECES BARBA MARTÍNEZ, "Los valores superiores", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. IV, 1987, p. 380.

<sup>10</sup> Aunque haya que señalar que, sin embargo, precisamente el artículo 10 no está incluido entre los que gozan de la especial protección que el artículo 168 establece, con un procedimiento muy agravado, para la posible modificación de lo que podemos entender que se consideraron como "las partes esenciales" de la Constitución. Se han dado diferentes argumentos para intentar realizar una conexión directa entre el artículo 10.1 y las partes de la Constitución que sí están protegidas con ese procedimiento agravado, como señalar que en todo caso el artículo 168 incorpora el capítulo segundo, sección primera, del Título I *que* es, precisamente, el que abre el artículo 10, o apuntando también, como hace Lucas Verdú con apoyo de la STC 53/1985, de 11 de abril, que "el artículo 15 establece que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, y esta afirmación es consecuencia del artículo 10.1". Entiendo que no es necesario intentar hacer esa conexión, la importancia esencial del artículo 10.1 puede explicarse con argumentos como los que manejo en el texto principal o, simplemente, por lo que literalmente dice el propio artículo 10.1; por lo que me parece que lo único que cabe hacer es lamentar que el constituyente cometiese el error de no incluirlo en el procedimiento agravado del artículo 168 y advertir que, de hecho, cualquier modificación en este artículo constituiría un ataque directo a la base axiológica y deontológica de nuestro sistema constitucional. (Vid. la cita de Lucas Verdú en P. LUCAS VERDÚ "Artículo 1." Estado Social y Democrático de Derecho", cit., p. 163).

en una relación de igualdad, sino que incluso entre ellos hay que señalar un orden de prevalencia. Me parece claro, en ese sentido, que el respeto a la ley y a los derechos de los demás no deja de ser un requisito necesario para que se den los primeros objetivos señalados. Es decir, para que se pueda realizar efectivamente el respeto a la dignidad de las personas, sus derechos y el libre desarrollo de sus diferentes personalidades, es necesario que todos los ciudadanos, de una forma generalizada, respetemos el Ordenamiento jurídico, que organiza, institucionaliza y racionaliza el poder político y las relaciones sociales, estableciendo unas estructuras básicas para que ello sea posible. Y todo ello sólo es posible desde el momento en que se respeten los derechos de los demás, aspecto que sólo hace que subrayar el elemento más trascendental que incorpora el respeto a la ley -pues en ésta se ha de entender incluido el reconocimiento y protección de los derechos-. Dicho de otro modo, el núcleo del contrato social que está detrás de la legitimación de origen de la Constitución es que se respete a todas las personas su dignidad, sus derechos y el libre desarrollo de su personalidad, lo que obliga a respetar las normas jurídicas resultado de ese pacto social y los derechos fundamentadores del mismo<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> De hecho, el Grupo socialista, en su intervención del 17 de mayo de 1978 ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas en defensa de la enmienda 336 (y, después, en la intervención de 5 de julio de ese año ante el Pleno del Congreso de los Diputados para defender esa misma enmienda), ya señalaba lo superfluo de la expresión "el respeto a la ley y a los derechos de los demás" y abogaba por su supresión. (Puede consultarse al respecto en el Diario de Sesiones del Congreso, núm. 68, 1978, Sesión núm. 7 de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, pp. 2393-2395, y Diario de Sesiones del Congreso, núm. 104, 1978. Sesión plenaria núm. 33, pp. 3888-3890. Aquí referido y citado por G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de L. PRIETO SANCHÍS), *La Constitución española de 1978: un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia, 1981, pp. 286-291).

<sup>12</sup> Me parece acertada, en este sentido, la idea de Peces-Barba que vendría a señalar que el núcleo del legitimidad de la Constitución está basada en un contrato social "histórico", es decir, producto de las circunstancias históricas que se manifestaban en la sociedad española de 1978, y racional, que él vincula a la dignidad humana, pero que, conforme a lo que trato de justificar en el texto principal, creo que cabría encontrar mejor en el libre desarrollo de la personalidad de los individuos de esa sociedad. (Vid. al respecto en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, tecnos, col. "Temas claves de la Constitución española", 1ª ed. 1984, Madrid, 1986, p. 43, y en pp. 107-114).

La cuestión que todavía quedaría por aclarar es si entre esos objetivos señalados también se puede hacer un orden de prevalencia. Y creo que sí. El más claro, en este sentido, sería el de la subordinación de los derechos fundamentales a la consecución de los otros dos objetivos señalados. No creo que el legislador estuviese acertado al escoger el término "inherentes" al referirse a los derechos, pues no deja de ser una reminiscencia de la concepción iusnaturalista. Es cierto que esa concepción está en el origen histórico de la fundamentación de los derechos, también de la necesidad de reconocerlos y protegerlos jurídicamente, conforme a la cual los derechos de las personas se pueden derivar racionalmente de la propia naturaleza racional del ser humano. En este sentido, los derechos les son atribuibles a las personas anteriormente a la realización del pacto social por el que se instaura la sociedad civil y el orden político y jurídico correspondiente. Y por eso, el objetivo primordial que se busca con el contrato social es, precisamente, que se respeten los derechos fundamentales, que se proteja su efectivo ejercicio, de tal manera que los mismos supongan un límite claro a la actuación no sólo del resto de individuos sino también de todos los poderes públicos<sup>13</sup>. Sin embargo, no es la concepción iusnaturalista la que creo que prime en la explicación y construcción de nuestro orden jurídico político constitucional. De hecho, el propio Título primero de nuestra Constitución calificaba expresamente a los derechos de "fundamentales", término con el que la doctrina ha venido expresando la idea de que dichos derechos lo son desde el momento en que un texto de Derecho positivo -en este caso la Constitución- los reconoce como tales, más allá de que respondan a claras pretensiones éticas que se consideren justificadas. De esta manera, lo que habría que entender es por qué y para qué se reconocen esos derechos fundamentales. Y la respuesta no creo que pase por considerarlos inherentes a la naturaleza humana y para garantizar, simplemente, su ejercicio en la sociedad civil que se constituye; sino que, haciéndonos eco de todos los aportes doctrinales que desde diferentes corrientes ideológicas están en el origen y justificación de la

<sup>13</sup> Este planteamiento está muy claro, por ejemplo, en la explicación y justificación que del contrato social haría John Locke en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. (Puede verse un pasaje muy significativo en J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, col. El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 141-143).

construcción del Estado social de Derecho, habría que entender que los mismos se consideran necesarios para que las personas puedan realmente ejercer su libertad. Es el resultado de completar la libertad como base de la construcción del Estado liberal de Derecho, que tan magistralmente resumió Kant en su obra *La Metafísica de las Costumbres*: "No hay sino un derecho innato. La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad"<sup>14</sup>, con los aportes doctrinales que entendieron que era necesario que se articulasen las medidas jurídicas, políticas y sociales que fuesen necesarias para garantizar que de esa libertad se pudiesen beneficiar todas las personas integrantes de la sociedad, como de forma tan lúcida supo entender, Cario Rosselli, que lo expresándolo con gran claridad en su *Socialismo liberal*: "El socialismo [que, en realidad, supone una de las distintas ideologías constructoras del Estado social de Derecho, pero que a continuación lo expone conforme a unas ideas básicas para éste] no es más que el desarrollo lógico, llevado a sus consecuencias extremas, del principio de libertad. Considerado en su principio substancial y juzgado en sus resultados, el socialismo -en tanto que movimiento de emancipación completa del proletariado- es un liberalismo en acción, es la libertad que se elabora para los humildes. El socialismo dice: el reconocimiento abstracto de la libertad de conciencia y de las libertades políticas para todos los hombres, si representa un elemento esencial en el desarrollo de la humanidad, posee, no obstante, un valor muy relativo cuando por condiciones intrínsecas o de ambiente, por causa de miseria moral y material, la mayor parte de los hombres no está en condición de apreciar su significado y de servirse de ella de una manera concreta. La libertad es una fantasía y no existe para el individuo cuando no se acompaña y no es sostenida por un mínimo de autonomía económica. En semejante caso el individuo es esclavo de su miseria; es humillado por su sometimiento y la vida no podría ofrecer para él más que un señuelo y

<sup>14</sup> Cito por I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, col. "Clásicos del Pensamiento", núm. 59, tecnos, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 48-49.

un aspecto: el material. El individuo es libre de derecho, esclavo de hecho"<sup>15</sup>. De esta manera, hay que entender que, finalmente, los derechos fundamentales que se reconocerán en los distintos tipos de Estado de Derecho que históricamente han existido se reconocerán y protegerán por considerarse que constituyen los instrumentos jurídico-político idóneos para la consecución efectiva de esa libertad por los individuos que componen la sociedad.

Quedarían, pues, dos objetivos básicos que pretenden perseguirse conforme a lo establecido en el artículo 10.1 de nuestra Constitución: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. No obstante, la conclusión que acabo de apuntar en relación con la subordinación del objetivo del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales a la consecución de los otros objetivos apunta, en realidad, a la solución que creo que hay que dar a la cuestión de si se puede establecer un orden de preva-lencia entre esos dos objetivos básicos.

La doctrina, en realidad, se ha decantado, fundamentalmente, por destacar a la dignidad humana, señalándola algunos autores como el fundamento último del ordenamiento o como "el valor superior" respecto a los valores superiores que nuestro texto constitucional reconoce en el artículo 1.1 -o, cuando menos, como otro de esos valores superiores-<sup>16</sup>. E incluso nuestro Tribunal Constitucional se manifiesta claramente en esa línea en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia 53/1985 de 11 de abril, al reconocer que "Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos "que le son inherentes". La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los

<sup>15</sup> En C. ROSSELLI, *Socialismo liberal*, introducción de Norberto Bobbio, traducción de Diego Abad de Santillán -de la introducción Mario Merlino-, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1991, p. 80.

<sup>16</sup> Pueden verse algunas de las opiniones más significativas en este sentido, con la opinión en contra del propio Díaz Revorio de que esa superioridad se pueda llevar al plano jurídico, en F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, col. "Estudios Constitucionales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 119-120 y 251-253; y la propia opción de Revorio de considerar como valor superior a la dignidad humana y no a los restantes conceptos referidos en el artículo 10.1, en p. 118.



encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos"<sup>17</sup>.

Sin embargo, es importante destacar que en las explicaciones que se hacen sobre la prioridad de la dignidad humana, generalmente se puede observar que la misma se entiende mejor a través de la adecuada comprensión de su inescindible conexión con el libre desarrollo de la personalidad. Lo que me parece inevitable, y muy significativo, si se ha de dar el adecuado contenido al concepto de dignidad humana. Así, en la doctrina, se puede observar esa esencial conexión en los planteamientos de De Asís y de Peces-Barba, a los que a continuación me referiré con un poco más de detenimiento, pero igualmente en los de otros autores, como es el caso, por ejemplo, de Lucas Verdú, que pese a hacer explícita mención sólo al valor dignidad para subrayar su indudable consideración como valor superior de nuestro ordenamiento, en el desarrollo de su explicación, entendiéndola también como contenido esencial de los derechos fundamentales, termina por reconducirla al libre desarrollo de la personalidad: "Admitir como valor superior la dignidad de la persona no requiere esfuerzo alguno ni suscita objeción posible. A mayor abundamiento, cuando el artículo 53.1 estatuye que sólo por ley podría regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. Se plantea en qué consiste ese contenido esencial. Creo que la esencia de un derecho y/o libertad radica en el libre desarrollo de la persona humana; así, el artículo 10.1 conecta con la libertad. Es claro que el respeto a la ley y a los derechos de los demás son deberes fundamentales, de suerte que es el libre desarrollo de la personalidad de cada uno, y de los demás, el objeto de cada derecho y libertad que luego especifican, sucesivamente, los artículos del Título I"<sup>18</sup>. Pero también nuestro Tribunal Constitu-

<sup>17</sup> Todas las citas que en este trabajo manejo de las Sentencias del Tribunal Constitucional están sacadas de la base de datos de *Thomson&Aranzadi Westlaw® ES*.

<sup>18</sup> En P. LUCAS VERDÚ, "Artículo 1." Estado Social y Democrático de Derecho", cit., pp. 122-123.

cional, en la misma Sentencia antes citada 53/1985, vinculaba, en el Fundamento Jurídico 8º, "íntimamente" la dignidad humana con el libre desarrollo de la personalidad, estableciendo que "Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás". Y las referencias que en otras Sentencias el Tribunal Constitucional hace de la dignidad humana se enfrentan siempre, a mi parecer, al problema de tener que resolver la inevitable duda que surge de saber en qué consiste esa dignidad humana, qué es lo que implica la comprensión de que la persona es siempre merecedora de un especial respeto, estima o lo que sea, que no sea reconducible al respeto, estima o lo que sea del que se ha de entender que toda persona es merecedora para que pueda realizar al máximo posible el libre desarrollo de su personalidad.

Y es que si el fundamento último residiera en lo que es la dignidad humana, nos encontraríamos ante ese problema, seguramente irresoluble, de determinar qué es lo que caracteriza a esa dignidad humana<sup>19</sup>. Las respuestas que históricamente se han ofrecido y que se siguen ofreciendo son de lo más variado<sup>20</sup>. Aquí sólo voy a referirme a dos tipos: el primero para demostrar las enormes e irreconciliables diferencias que se pueden dar dependiendo del enfoque des-

<sup>19</sup> La muy somera aproximación que a la cuestión de la dignidad humana hago en los siguientes párrafos del texto principal, tuve ocasión de exponerla, con alguna pequeña variación, en mi trabajo I. CAMPOY CERVERA, "Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXI, 2004, pp. 143-166.

<sup>20</sup> Al respecto puede observarse un estudio en profundidad desde un enfoque iusfilosófico en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, col. Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 26, Dykinson, Madrid, 2002.

de el que se pretenda iluminar la cuestión; el segundo por su inmediata trascendencia en la teoría de los derechos fundamentales, que es la que a mí más me interesa resaltar aquí.

El primer tipo hace referencia a las inevitables diferencias que se han de dar en la respuesta a qué es la dignidad humana si la misma la buscamos en el terreno de la religión o en el de las puras ciencias naturales. Creo que es evidente que no tiene nada que ver lo que constituye la dignidad humana para alguien que la busca en los designios de un Dios creador de la naturaleza humana, una naturaleza pecadora o hecha a la imagen y semejanza del Creador o como se quiera entender, que lo que constituye esa dignidad para quien simplemente concibe al hombre como una unión más o menos fortuita de genes, comprendiendo éstos simplemente como materia orgánica viva. Claro que si en estas aproximaciones se prescinde de la idea de derechos fundamentales, los resultados pueden ser igual de nefastos para las vidas de las personas concretas, como bien saben, por ejemplo, las personas con discapacidad, que las han sufrido tanto a causa de concepciones religiosas como la del medioevo que entendía que las personas con discapacidades eran más engendros diabólicos (en cuanto se apartaban de esa imagen y semejanza de Dios), como a causa de concepciones médico-biológicas que fueron ideológicamente utilizadas para señalar a las personas con discapacidades -algunas de ellas, claro está- como deformaciones de la naturaleza biológica estándar que había que eliminar.

El segundo tipo de respuestas entiendo que son más interesantes, en cuanto que realizan una conexión directa entre naturaleza humana, dignidad humana y derechos fundamentales; y que sería en donde habría que incluir el mandato constitucional del artículo 10.1. En este sentido, destacaré aquí dos posiciones principales. Conforme a la primera, se entiende que la dignidad humana, si bien puede comprenderse como una noción cultural e histórica, funciona como un *a priori* que sirve para fundamentar los valores superiores y los derechos. Conforme a la segunda, se entiende que ciertas características de la naturaleza humana son las que se han de destacar porque son las que nos determinan la dignidad del ser humano, y los derechos fundamentales son, en este sentido, los que se encuentran esencialmente vinculados a esa dignidad humana, los inviolables que le son "inherentes", y que encuentran, así, su fundamento di-

recto en esa concepción de la dignidad conectada esencialmente con la naturaleza humana. Posiciones que se pueden defender, en realidad, indistintamente desde diferentes concepciones de los derechos fundamentales. Así, si bien ambas casan con el iusnaturalismo racionalista, también es cierto que son plenamente defendibles -y defendidas- desde las posiciones del positivismo, y concretamente desde un positivismo corregido que comprende la necesidad de abrir ese Derecho que se dan voluntariamente los hombres a la Moral. Aquí me referiré como representantes de dichas posiciones a Eusebio Fernández y a Gregorio Peces-Barba y Rafael de Asís, respectivamente.

Para Eusebio Fernández, "la idea de dignidad humana o valor atribuido a cada persona humana y que no puede ser sustituido por ningún otro valor, precisa para su delimitación de otros valores como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, valores que se encuentran recogidos en la actual noción de los derechos humanos fundamentales. Su comprensión no puede hacerse al margen de lo que representa la lucha histórica por los derechos humanos"<sup>21</sup>. Me parece plenamente acertada la comprensión de la noción de la dignidad humana como una noción histórica inescindiblemente unida a la historia de los derechos humanos, así como atender a los valores que el citado autor señala para su delimitación conceptual, pero el problema surge en cuanto queramos darle cualquier contenido a esa idea de dignidad humana en la fundamentación de los derechos, porque o bien no añadimos nada significativo que no pueda incluirse en la propia idea del libre desarrollo de la personalidad o bien incorporamos dimensiones que pueden enfrentarse y ser un obstáculo a ese libre desarrollo de la personalidad, lo que me parecería injustificado. Y así ocurre por mínimos que sean los contenidos que se pretenda establecer, como es el caso del profesor Eusebio Fernández: "Según esto, se podría, a su vez, responder afirmativamente a la pregunta de si hay exigencias básicas irrenunciables, derivadas directa e inmediatamente del principio de dignidad humana. Con ello también habremos ya ganado un contenido mínimo, pero preciso, de dicho principio, puesto que asumir el valor de la dignidad humana equivale a reconocer el derecho de

<sup>21</sup> En E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, col. Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 21, Dykinson, Madrid, 2001, p. 25.

todos los seres humanos a un mínimo respeto por la vida y su integridad física y moral"<sup>22</sup>. También a mí me parece que el respeto por la vida y la integridad física y moral son elementos esenciales para el libre desarrollo de la personalidad, pero si no se señala que es ésta el fin, sino la dignidad humana, puede surgir un importante problema a la hora de delimitar esos conceptos de respeto por la vida y la integridad física y moral de la persona, ¿no podría ese respeto constituir, finalmente, una puerta abierta para que bajo el amparo de actuar en defensa de la dignidad de la persona se estuviese actuando contra su libertad, impidiendo o dificultando gravemente el libre desarrollo de su personalidad? Me parece que el -evitable-referente de la dignidad humana hace más fácil la existencia de ese peligro. Por eso entiendo que esta vía resulta insatisfactoria.

Conforme a la segunda de las posiciones antes señaladas, se puede observar como en los planteamientos de Peces-Barba y Rafael de Asís se vuelven a señalar determinadas características que son propias de la naturaleza humana como las que constituyen su dignidad<sup>23</sup>. Pero habría que cuestionarse la viabilidad y justificación de esa conexión entre naturaleza humana, dignidad humana y derechos fundamentales. En primer lugar, hay que observar que de todas las características que podemos predicar que existen en la naturaleza del ser humano se estarían escogiendo, en realidad, unas determinadas para señalar nada menos que es conforme a ellas que se constituye su dignidad, y que es conforme a ellas que encuentran

<sup>22</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>23</sup> Para Peces-Barba, serían la libertad de elección (es decir, el libre albedrío), la capacidad de construir conceptos generales y de razonar, la capacidad para comunicarse a través de un lenguaje complejo, la capacidad para crear arte, la sociabilidad y la libertad moral (es decir, el objetivo utópico del ser humano de la felicidad a través de su realización como ser moral, y para Rafael de Asís, siguiendo la concepción de Peces-Barba, se han de destacar, conforme a la teoría de los derechos humanos, la "capacidad" del ser humano para razonar, la "capacidad" para sentir y la "capacidad" para comunicarse. (Vid. al respecto en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 65-69; y en R. DE ASÍS ROIG, "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder", en I. CAMPOY CERVERA (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, col. "Debates del Instituto Bartolomé de las Casas", núm. 2, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 65 y ss.).

su fundamentación última los derechos humanos. No hay que pensar que se pretenda, en ningún caso, sustraer la condición de dignidad humana a ninguna persona, la teoría de los derechos humanos impide dar ese paso. Pero, sin embargo, esas aproximaciones nos sitúan, por una parte, en la incómoda posición de tener que argumentar, por ejemplo, cómo, aún definiendo la dignidad humana conforme a la característica de la capacidad para comunicarse a través de un lenguaje complejo, o simplemente la capacidad para comunicarse, es predicable la dignidad humana de una persona que sufre un autismo profundo, que le impide comunicarse con el exterior, en la misma medida que de otra persona que se comunica sin ningún problema con el exterior. Y, por otra parte, nos sitúa en la peligrosa senda, ésta sí profusamente seguida, ya apuntada y sobre la que después volveré, de negar el ejercicio de derechos fundamentales a aquellas personas de las que no es predicable en una medida satisfactoria las características que conforman lo que se entiende por dignidad humana.

Pero es que, además, aunque superásemos ese primer obstáculo aquí apuntado, y consiguiésemos un consenso sobre qué es lo que caracteriza a la dignidad humana, nos quedaría todavía por resolver la -en realidad irresoluble- falacia naturalista, que, conforme la enunciara Hume en su *Tratado de la naturaleza humana*, vendría a decir que de un ser no se puede derivar un deber ser; es decir, en nuestro caso, que de un hecho -como pueden ser las características que determinan la naturaleza humana- no se puede derivar una obligación de actuar -como sería el reconocimiento, respeto y protección de los derechos fundamentales o del libre desarrollo de la personalidad-.

Por todo ello, creo que deberíamos de dejar de intentar escoger algunas de las características del ser humano como las constitutivas de su dignidad y entender simplemente, de forma casi tautológica, que la dignidad humana es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de ser humano. En este sentido, el objetivo del respeto a la dignidad humana quedaría falto de un contenido preciso sino lo complementásemos esencialmente con el que a continuación se señala de conseguir "el libre desarrollo de la personalidad". De esta manera, entiendo que también los dos autores antes citados, De Asís y Peces-Barba, realizan, al exponer sus plan-

teamientos, esa necesaria conexión, que, desde mi punto de vista, permite poner en duda que tenga sentido darle importancia a esas "capacidades" propias del ser humano, pretendidamente constitutivas de su dignidad. Así, si para Rafael de Asís habrá que distinguir entre dignidad humana, como el fundamento de los derechos humanos en cuanto sirve de punto de partida para el reconocimiento de los derechos, y vida humana digna, como el desarrollo de la vida conforme a esa dignidad humana, que también sirve, así, como fundamento de los derechos humanos en cuanto se constituye en el objetivo a conseguir con el ejercicio de los derechos<sup>24</sup>. Para Peces-Barba "La dignidad humana se formula desde dos perspectivas que están presentes en el análisis diacrónico que acabamos de realizar, una más formal de raíz kantiana y otra más de contenidos, de carácter humanista y renacentista. Por la primera, la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir, de nuestra autonomía; por la segunda la dignidad consiste en el estudio de los rasgos que nos diferencian de los restantes animales. Son dos perspectivas complementarias, casi podríamos decir la forma y el contenido de nuestro valor como personas"<sup>25</sup>. Sin embargo, entenderá también que "Los valores superiores no se fundan sólo en el acuerdo entre los ciudadanos, sino que precisamente ese acuerdo recibe una determinada concepción moral o axiológica, que se perfila y se realiza en la historia moderna. En última instancia la raíz es el hombre, como ser racional y libre -con capacidad de decidir y elegir- y con la posibilidad de utilizar esa libertad psicológica para conseguir su autonomía moral, su no dependencia, para alcanzar la libertad moral. Esa condición humana que no tiene ningún otro ser conocido constituye su dignidad, lo que le hace valer"<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Vid. R. DE ASÍS ROIG, "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder", cit., pp. 65 y ss.

<sup>25</sup> En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 65.

<sup>26</sup> En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 110-111. Y en el mismo sentido es interesante observar como también dirá en otro trabajo, en cuanto al fundamento de los derechos humanos: "El fundamento de los derechos humanos se centra en esa función de la libertad social, política y jurídica, apoyada y complementada por los valores de seguridad, de solidaridad y de igualdad, como cauce para el desarrollo de la libertad humana, que supone el dinamismo que conduce desde la libertad de elección a la libertad moral. Con otras palabras, la raíz moral de los derechos fundamentales es su

Es, pues, ese objetivo último de conseguir el libre desarrollo de la personalidad de los individuos el que tiene una existencia autónoma, pues el de la dignidad depende de éste para la determinación de su adecuado contenido, y el del respeto y protección de los derechos fundamentales constituye la articulación de los instrumentos político jurídicos que se consideran idóneos para su consecución. El libre desarrollo de la personalidad se constituye, de esta manera, en el objetivo último a conseguir, en el fundamento de todo el orden jurídico político que establece nuestra Constitución, al cual habría que considerar supeditados todos los demás. La justificación de la existencia de este objetivo último, de ese deber de reconocer, respetar y proteger el libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos de la sociedad, no cabe derivarlo lógicamente de ninguna otra obligación, de ningún otro deber, superior. Como siempre en el mundo de las obligaciones, la escala de fundamentaciones ha de acabar en una obligación última, que o bien es impuesta por la fuerza o bien es asumida como tal obligación por los sujetos que la aceptan, constituyéndose así, para esos sujetos, en una obligación moral que no necesita de una ulterior justificación. En este sentido, en nuestro caso podría justificarse la existencia de ese objetivo último, y de la obligación de actuar para el logro de su efectiva consecución, en su consideración de presupuesto ético lógico que constituye el objetivo pretendido con el pacto social que se puede entender que legitima la Constitución. Y así, su satisfacción justificaría el origen y el ejercicio de las instituciones políticas y jurídicas que rigen en nuestra sociedad.

De esta manera, el objetivo último a conseguir lo configuro en torno a la idea de que hay que reconocer, respetar y proteger el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Lo que para mí también podría expresarse a través del reconocimiento que la sociedad realiza de la asunción de las obligaciones que implica actuar para que se produzca el efectivo reconocimiento, respeto y protección para el mayor número de personas posible del máximo desarrollo

mediación como libertad para hacer viable la libertad moral, la plenitud humana, la moralidad". (En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA Y A. LLAMAS), *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 232).



posible de sus propios planes de vida, es decir, de los planes de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado<sup>27</sup>.

Este objetivo es predicable, pues, de todas las personas que componen la sociedad, y, obviamente, de las personas con discapacidad. La comprensión que hay que hacer, de esta manera, de los derechos fundamentales que se reconocen en la Constitución es que los mismos son los instrumentos político jurídicos idóneos para que también las personas con discapacidad puedan, en la mayor medida posible, diseñar y desarrollar libremente, en el ejercicio autónomo de

<sup>27</sup> Un deber de actuación que implica un compromiso real por parte de la sociedad en su conjunto (con el evidente peso que ha de tener la acción de los poderes públicos) en conseguir ese objetivo. Lo que supone ir más allá de los planteamientos liberales que pretenden asegurar ese desarrollo de la libertad con un simple dejar, no impedir, que las personas puedan diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución. Un planteamiento, este último, que aparece, por ejemplo, en la exposición que hace Díez-Picazo al explicar el contenido de ese artículo 10.1 de nuestra Constitución. Así, si bien comparto con él que los dos conceptos principales del mismo son el de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, e incluso me parece asumible el significado que le da al primero (pues lo que implica no aportaría, en realidad, contenido a lo que podríamos entender incluido en el segundo), al establecer que "la dignidad de la persona, se trata de una afirmación de la prioridad de la persona -esto es, de todos y cada uno de los individuos- sobre el Estado. Ello implica que los poderes públicos son un instrumento al servicio de los seres humanos, y no al revés. Los seres humanos no deben ser jamás tratados instrumentalmente respecto de los fines y políticas estatales". Sin embargo, al darle contenido a la idea del libre desarrollo de la personalidad, la vincula con la "búsqueda de la felicidad" de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y dirá: "Proclamar la búsqueda de la felicidad o el libre desarrollo de la personalidad implica sostener que cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás. La cláusula de libre desarrollo de la personalidad es, así, un rechazo radical de la siempre presente tentación de paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas. Dicho brevemente, se trata de la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses"; reconociendo después, en este sentido, que "la principal virtualidad de la idea de libre desarrollo de la personalidad no consiste tanto en permitir que nuevos valores o bienes jurídicos accedan a la protección propia de los derechos fundamentales, como en establecer una auténtica cláusula general de libertad que preside el entero ordenamiento jurídico. Afirmar la existencia de una cláusula general de libertad significa afirmar que todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido; es decir, significa que existe un área residual de libertad, jurídicamente protegida". (En L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, serie "Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", Civitas, Madrid, 2003, pp. 64-66).

su voluntad, sus propios planes de vida. En este sentido era que apuntaba antes que habría que entender también la importancia de lo señalado en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución. Cuyos textos, respectivamente, dicen: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", y "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". Es decir, que estos artículos se configuran como puertas abiertas para la interpretación y el reconocimiento de nuevos derechos que, conforme a los textos internacionales que ratifique el Estado español, permitan la más eficaz consecución de ese objetivo último<sup>28</sup>. Son, pues, ventanas abiertas para la incorporación de las nuevas dimensiones del modelo "social", al que antes hacía referencia, que permitirán que el propio texto constitucional se pueda constituir en el instrumento más eficaz para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad.

<sup>28</sup> Alonso García realizará una clara explicación sobre la diferencia fundamental de estas dos "puertas": "Efectivamente, el artículo 96 CE cumple una función diferente de la del artículo 10.2. El primero se mueve en el plano formal de las fuentes del derecho, pues determina explícitamente cuáles (y en qué términos) son los convenios ratificados por España. Y sólo respecto de esos opera el artículo 10.2, porque así lo dice explícitamente el texto de este último. Este artículo, a su vez, cuando el tratado ya forma parte del derecho interno, lo dota de un valor especial, que el tratado ratificado no tendría por el mero hecho de ser un tratado ratificado. Incorpora un plus a estos especiales convenios, plus que no existe en los demás. Mientras cualquier otro tratado ratificado pasa a formar parte del derecho interno, pero puede ser declarado inconstitucional, los convenios relativos a los derechos humanos fuerzan una interpretación uniforme ente los mismos y el contenido del título I CE. Mientras el contenido de cualquier otro tratado ratificado no tiene porqué ser fuente interpretativa-integrativa del texto constitucional, el convenio ratificado a que se refiere el artículo 10.2 CE lo es por expreso mandato constitucional. Los restantes tratados no tienen más valor interpretativo—integrativo que el que tiene el derecho ordinario (infraconstitucional) español". (En E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, prólogo de Francisco Rubio Llórente, col. "Estudios Constitucionales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 400).

## **2.2. Las dimensiones de los valores superiores del ordenamiento jurídico en el Estado social y democrático de Derecho**

### *2.2.1. La prevalencia del valor libertad*

El otro artículo fundamental al que antes hacía referencia es el 1.1, en el mismo se establece que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"<sup>29</sup>. De nuevo nos encontramos con el reconocimiento de distintos objetivos que se pretenden hacer valer a través del texto constitucional<sup>30</sup>. Y de nuevo cabría plantearse si es posible establecer un orden de prevalencia entre ellos. En un sentido contrario al que aquí manifiesto, Díaz Revorio señala la inexistencia de una jerarquía entre los valores superiores de la Constitución (entre los que incluye la dignidad humana, aunque no el libre desarrollo de la personalidad). Y así, dirá: "No parece haber fundamento constitucional para establecer jerarquías *entre* los valores superiores. Más bien cabe entender que los valores superiores recogidos en nuestro Texto Fundamental deben aplicarse a los casos

<sup>29</sup> A estos valores me referiré, aunque, como después señalaré, es posible incorporar, a través precisamente de esos ya reconocidos, otros valores, que el profesor Ángel Llamas, en su interesante libro de análisis filosófico jurídico de los valores como ordenamiento material, prefiere entender como valores implícitos de nuestra Constitución: "No se debe concluir que los valores superiores son solo los explícitos del artículo 1.1, sino que se puede hablar de valores implícitos para referirnos a la seguridad jurídica y a la solidaridad". (En A. LLAMAS CASCÓN, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez, col. "Monografías", núm. 3, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 244).

<sup>30</sup> Más allá de las distintas funciones y contenidos que se han destacado de los valores superiores de nuestro texto constitucional, creo que su comprensión como objetivos básicos a conseguir es determinante en todos ellos. Así se puede observar, por ejemplo, en las tres dimensiones que el profesor Pérez Luflo atribuye a los valores constitucionales: "Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad". (En A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, tecnos, Iª ed. 1984, 7ª ed., Madrid, 2001, pp. 288-289).

concretos, sin criterios previos sobre su jerarquía; debe realizarse en cada caso la ponderación entre los valores que entran en juego, buscar la armonización entre los mismos y, cuando se muestren incompatibles en su aplicación al caso, dar prevalencia a uno de ellos en función de las circunstancias del mismo, o de otros criterios constitucionales que le sirvan de apoyo, y sin que tal prevalencia suponga superioridad, esto es, sin proceder a una ordenación de los valores"<sup>31</sup>. Y en un trabajo posterior el propio Díaz Revorio señalará que la fundamentación de los valores superiores de nuestra Constitución viene por dos vías, por un consenso real e histórico y por una vía de racionalidad derivada de la dignidad humana (sin entenderla "en un sentido ahistórico inalterable"); sin embargo, para él este tipo de fundamentación lo que hace es evitar, precisamente, caer en el error de creer que existe una "jerarquía de valores" en nuestra Constitución, aduciendo de nuevo la necesidad de acudir a la técnica de la ponderación y a la armonización entre ellos<sup>32</sup>.

Comparto con Díaz Revorio la necesidad de recurrir a la técnica de la ponderación a la hora de resolver los conflictos que se pudiesen producir entre los distintos valores, pero no creo que eso impida considerar la jerarquización entre los valores. Como señalo, aunque considero que el valor libertad es el prevalente (por su conexión directa con el libre desarrollo de la personalidad) su adecuada comprensión no se puede realizar si no es con su adecuación con los otros valores superiores. Como intento mostrar, la consideración de un valor como prevalente no implica otorgarle un carácter absoluto, si no que es perfectamente compatible con la armonización con los otros valores y la necesidad de acudir a la técnica de la ponderación; lo que sí indica es una adecuada guía (directamente marcada por la consideración del objetivo último del libre desarrollo de la personalidad de los individuos) para entender cómo se ha de dar esa armonización entre valores y resolver los posibles conflictos mediante la técnica de la ponderación.

<sup>31</sup> En F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, cit., p. 254.

<sup>32</sup> Vid. F. J. DÍAZ REVORIO, "Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 102, 1998, pp. 157-158.

En este sentido, creo que también se puede justificar ese orden de prevalencia respecto a los valores superiores que reconoce el artículo 1.1. de nuestra actual Constitución. Y así, la coherencia con los argumentos antes expuestos entiendo que obliga a concluir que entre esos valores el que ha de tener la prevalencia sobre los demás es el valor libertad; pues es conforme a él que mejor entendemos que el objetivo último de nuestro orden político jurídico sea reconocer, respetar y proteger el libre desarrollo de la personalidad de los individuos<sup>33</sup>. Los otros tres valores habrá que entenderlos, pues, supeditados, en alguna medida, al valor libertad, que es el que más directamente garantiza la consecución de ese objetivo último<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Claro que esto no deja de ser una interpretación de los mismos, pero, en todo caso, me parece interesante la observación de Peces-Barba cuando señala que "hablar de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político plantea el fundamento del ordenamiento, más desde el individuo, por supuesto un individuo inserto en la Comunidad". Y así, aunque en distintas ocasiones el profesor Peces-Barba señale en su obra *Los valores superiores a los valores del artículo 1.1 de nuestra Constitución* como el fundamento y objetivo básico que marca la Constitución a conseguir con el ordenamiento, también dirá, casi con vehemencia: "Parece que la situación de los valores superiores en el artículo 1.º, auténtico pórtico normativo de nuestra Constitución, y la relación que se hace con el ordenamiento en su conjunto permiten concluir que se utilizan como los objetivos generales a alcanzar por el Estado social y democrático de Derecho a través del ordenamiento jurídico. Son el fundamento y la meta, el fin del Derecho, que el legislador constituyente, expresión de la soberanía, se propone". Sin embargo, lo cierto es que en su concepción el fundamento último no está en esos valores sino en la dignidad humana, como queda claro al decir: "Creo que la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana". Comparto con el profesor de la Universidad Carlos III esa apreciación de que el fundamento del ordenamiento los valores lo hacen desde el individuo inserto en la comunidad; pero esto, para mí, llevaría a entender, como antes justificaba, que el fundamento último estaría, no en la dignidad, sino en el libre desarrollo de la personalidad. Aunque ya he señalado antes la fuerte conexión que en la concepción de Peces-Barba hay entre dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, de hecho, también él afumará, de manera más acorde con lo que aquí defiendo, que estos mismos valores superiores "tienen también una gran importancia práctica para los ciudadanos, puesto que son los objetivos expresados para potenciar su propio desarrollo moral a través del Derecho". (Véanse las citas en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 22, 37-38, 85-86 y 45, igualmente puede verse en este libro esa idea de la dignidad humana como fundamento, guía y objetivo de los propios valores superiores en las pp. 43, 44-45 ó 112-113).

<sup>34</sup> También Peces-Barba, aunque señale que los dos valores "fuertes" del artículo 1.1 son la libertad y la igualdad, terminará reconociendo "el carácter indispensable de la

Respecto al valor del pluralismo político, no creo que se deban plantear grandes problemas en ese sentido. El hecho de que se reconociese este valor en el artículo 1.1, junto a la libertad, la igualdad y la justicia, debe entenderse si comprendemos la situación histórica en la que se aprobó la Constitución. Se salía de casi 40 años de dictadura y se quería sentar de manera firme las bases de un Estado que, como el mismo artículo 1.1 explícitamente manifestaba, habría de caracterizarse por ser democrático. El interés en subrayar esas dimensiones democráticas impulsó a que se hiciese ese reconocimiento expreso del valor pluralismo político<sup>35</sup>. Entiendo que su adecuada comprensión pasa por entender que el mismo es una aplicación explícita al ámbito político del valor libertad<sup>36</sup>, por lo que su

libertad", y en su libro *Lecciones de Derechos Fundamentales* será más claro al otorgar la primacía al valor libertad: "La libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, como veremos tanto la igualdad, como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella". (En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 137; vid. la referencia al "carácter indispensable de la libertad" en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 139-140).

<sup>35</sup> En este mismo sentido se manifiesta una opinión tan autorizada al respecto como es la de Gregorio Peces-Barba, como se sabe uno de los ponentes constitucionales, quien explícitamente dirá: "El pluralismo político como concreción de una de las perspectivas de la libertad, introducido por las circunstancias históricas anteriores, para poner de relieve lo necesario de ese elemento de la libertad, después del régimen no pluralista del general Franco, no interfiere en la identificación del sistema". (En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., p. 119). Y en defensa de una opinión contraria a la aquí defendida puede verse, entre otros, en F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, cit., pp. 247-249; en F. PUY, "Pluralismo en CE 1978, art. 1.1.º", en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 395, realizando en pp. 383-385 una, a mi parecer infundada, crítica a la posición que a este respecto hace el profesor Peces-Barba, que viene a coincidir con la que yo defiendo en el texto principal; y en F. DORADO FRÍAS, "El pluralismo político en la Constitución española de 1978", en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, cit., pp. 73-74.

<sup>36</sup> En el mismo sentido se muestran también los profesores Santamaría y Peces-Barba. Aunque caben, ¿cómo no?, otras interpretaciones, como la que realiza Luis Prieto al vincularlo a la libertad y a la igualdad; no obstante, parece claro que, como luego señalaré, la adecuada comprensión del valor libertad siempre pasa por atender al valor igualdad. (Vid. la opinión de estos autores al respecto en J. J. SANTAMARÍA IBEAS, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid,

legitimidad quedaba ya, de hecho, incluida en las dimensiones de ese valor libertad en un Estado social y democrático de Derecho como el que se establecía con la Constitución. En todo caso, es interesante a este respecto hacer notar que si bien el texto constitucional es claro al reconocer el "pluralismo político", sin embargo, tanto una parte de la doctrina como la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional han terminado ampliando el campo de la comprensión de este valor para entender que reconoce el valor del pluralismo en otros campos que van más allá del estrictamente político, lo que no significa que no tengan conexión con el político<sup>37</sup>.

1997, p. 403; en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., p. 118; y en L. PRIETO SANCHÍS, "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", cit., p. 90, nota 40).

<sup>37</sup> Así, en la doctrina, es muy explícito el planteamiento de Puy: "el adjetivo político final debe ser entendido con la amplitud ya reseñada en todo este trabajo. Se trata de que todas las opciones, independientemente de su materia objetiva (educación, cultura, familia, sanidad, empresas, sindicatos, etc.), son formalmente políticas cuando se encarnan socialmente y entran en eventual conflicto con otras agrupaciones sociales competitivas con ellas"; y "Para mí ese adjetivo [político] sobra, a no ser que se lo entienda precisamente como pluralismo total. El cual no es una degeneración del pluralismo. Al contrario, pienso que cualquier pluralismo parcial no es verdadero pluralismo, sino apariencia y falsedad, negación de él". Y así, defiende este autor una amplísima gama de posibles pluralismos que entiende comprendidos en el pluralismo político del artículo 1º de nuestra constitución, concluyendo que "El pluralismo que menciona CE 1.1." es el pluralismo adjetivado de político. Pero en el contexto completo de CE se debe entender como pluralismo total, pluralismo pleno o pluralismo simple y neto. Es decir, que además de político, en sentido estricto, se trata de un pluralismo: 1.º) social; 2.º) lingüístico; 3.º) moral; 4.º) valorativo; 5.º) simbólico; 6.º) jurídico; 7.º) técnico; 8.º) organizativo; 9.º) institucional; 10.º) asociativo; 11.º) religioso, y 12.º) cultural". E incluso afirmará, de modo sorprendente, que "¿Cómo se entiende entonces el pluralismo de CE 1.1.º? Entiendo que, como concepto, el pluralismo debe ser entendido como un derecho fundamental del ser humano". (En F. PUY, "Pluralismo en CE 1978, art. 1.1.º", cit., pp. 376, 386, 395 y 392).

Y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, pueden verse en ese sentido las STCs 12/1982, de 31 de marzo, y 74/1982, de 7 de diciembre, relativas a la implantación de las televisiones privadas; la Sentencia 6/1984, de 24 de enero, donde se acude al reconocimiento del valor del pluralismo para reconocer la posibilidad de dar diferentes soluciones legales que afectan, en este caso, a la protección de la pequeña y mediana empresa, no declarándose inconstitucional el artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores; la sentencia 217/1992, de 1 de diciembre, donde se señala en el Fundamento Jurídico 6º que "el pluralismo político, uno de los valores superiores del ordenamiento, permite contemplar en el marco de la CE diversas soluciones legales; diversidad de soluciones que, proyectadas al carácter del sistema electoral arbitrado, no permite mantener la pretendida

Sin embargo, creo que las nuevas dimensiones que se le atribuyen a este valor tendrían cabida perfectamente dentro de las dimensiones de los valores de libertad e igualdad; mientras que lo que puede significar, por otra parte, es lo "estrecho" del campo explícitamente reconocido en la Constitución y, también, la posibilidad de ampliar el contenido de los valores superiores (algo que tendrá mucha importancia en lo que a continuación defenderé respecto del valor justicia).

En cuanto a la inclusión del valor justicia, podría pensarse que, en principio, debería ser el valor primordial de los señalados, por ser el objetivo que tradicionalmente ha sido expresamente perseguido en toda sociedad política y jurídica. Sin embargo, es precisamente la genérica indeterminación en su contenido, que de ese hecho fácilmente se deduce, lo que creo que debe llevarnos a excluir el valor justicia como el valor prevalente<sup>38</sup>. Si se reconociese a la justicia como el valor prevalente, se estaría dejando demasiado abierto el contenido posible de cuál sería el último valor fundamentador del orden político jurídico. Habría que establecer, pues, algún criterio que nos permitiese determinar, posteriormente, dentro de los innumerables posibles contenidos que se le podría dar al término justicia, cuál es el que se ha de entender que determinaría su contenido esencial, que sería el que realmente se propugnaría como valor fundamental en nuestro texto constitucional.

inconstitucionalidad de la disposición impugnada"; o las STCs 5/1981, de 13 de febrero, y 77/1985, de 27 de junio, sobre el derecho a la educación, hablándose explícitamente en la primera de ellas de "la proyección en materia educativa de dos de los "valores superiores" de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo (artículo 1.1 CE)".

<sup>38</sup> También el profesor Peces-Barba señalaría ese carácter excesivamente abierto del valor justicia: "la justicia ha ido perdiendo el sentido mítico de sus orígenes, para quedarse en un término respetable, con un valor emotivo grande aún, pero materialmente sin contenido propio, siendo necesario referirle a otros términos con una posible identificación real". En lo que disiento con el profesor de la Carlos III es en la concreción que hace de ese contenido, pues, como después vuelvo a señalar en el texto principal, lo reducirá a los valores de libertad e igualdad; y es que, como nos recuerda, fue él quien redactó lo que fue la primera formulación del artículo 1.1 de la Constitución, y lo hizo con el siguiente significativo texto: "España se constituye como Estado Democrático de Derecho que propugna, como valor superior de su ordenamiento jurídico, la justicia en la libertad y la igualdad". (Véanse las citas en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 141-142, y 26, respectivamente).



La determinación del contenido del valor justicia tal como se reconoce en nuestra Constitución ha de pasar, pues, necesariamente, por su interpretación sistemática conforme al resto de normas de la Constitución<sup>39</sup>. Y así, a la luz del carácter esencial que antes apunté que, conforme a lo establecido en el artículo 10.1, tiene en nuestro texto constitucional el libre desarrollo de la personalidad, como objetivo último a conseguir con la configuración del orden político jurídico que establece la Constitución, habría que entender que es el valor libertad el que ha de ser también el centro del contenido del valor justicia. O, dicho de otra manera, que entre esos dos valores existe una prevalencia del valor libertad, pues es conforme a éste que se fundamenta directamente el establecimiento del libre desarrollo de la personalidad como objetivo último a conseguir, determinando, así, el contenido esencial del valor justicia en nuestra sociedad político jurídicamente conformada.

No obstante, -aunque dejando asentada esa conclusión fundamental- hay que señalar inmediatamente después que eso no hace en absoluto superfluo el reconocimiento del valor superior justicia, si no que, al contrario, su inclusión fue una idea muy acertada, más allá del contenido que del mismo pensaran en aquél momento los propios constituyentes, porque, precisamente por la gran indeterminación a la que antes me referí que tiene su contenido, este valor justicia será la vía adecuada para la incorporación de otros valores superiores que si bien no tuvieron un reconocimiento explícito en la Constitución hay que entender que incorporan dimensiones necesarias para el cumplimiento del objetivo básico de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos<sup>40</sup>. La evolución del

<sup>39</sup> Me parece que es, en este sentido, acertada la afirmación de Rodríguez-Toubes: "Si el juez constitucional se considera obligado a aplicar el principio de justicia, entonces habrá motivo para sostener que el deber jurídico de jueces y tribunales no cesa -y su discrecionalidad no comienza- cuando carece de normas precisas relevantes para el caso. Por el contrario, habrá motivos para sostener que también en ese momento jueces y tribunales están vinculados jurídicamente: deberán guiarse por el principio de justicia, tal como haya de entenderse en el contexto del ordenamiento, en lugar de por su propio criterio personal o institucional". (En J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 81).

<sup>40</sup> En contra de esta posibilidad se manifiesta, por ejemplo, Díaz Revorio, quien explícitamente rechaza la posibilidad, apuntada por Peces-Barba, de incorporar los valores de seguridad y solidaridad como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico,

pensamiento del profesor Peces-Barba resulta en este sentido muy esclarecedora. En primer lugar, me parece muy acertada la comprensión que hace de que los valores superiores que establece el artículo 1.1 de nuestra Constitución tienen una doble vertiente, por un lado son moral legalizada pero por otro son una puerta abierta a la moralidad crítica<sup>41</sup>; sin embargo, no me parece acertado que en su trabajo de 1984 *Los valores superiores*, señalase la superfluidad del valor justicia, reconduciéndolo a los valores de libertad e igualdad<sup>42</sup>. Creo que no se daba cuenta todavía el profesor Peces-Barba cuando realizaba ese análisis -lo que sí hará más tarde- de las potencialidades de ese valor justicia, y que precisamente esa puerta abierta a la moralidad crítica que representan los valores superiores, que permite la actualización de la comprensión de los contenidos de los valores conforme al progreso de las sociedades, es la que permite, así, incorporar las nuevas dimensiones del valor del pluralismo

equiparables a los del artículo 1.1. (Vid. en F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, cit., pp. 123-126).

<sup>41</sup> Dirá Peces-Barba: "Al tener una procedencia desde la moralidad, no se agotan en su contenido normativo, sino que siguen existiendo dimensiones de esa moralidad que no tienen contenido normativo y que realizan una función crítica y de presión sobre la parte de esos valores ya positivizados para ampliar y profundizar su sentido. Así, se puede hablar de valores superiores legalizados, tanto a través del artículo 1.º como de su desarrollo en la Constitución y en el resto del ordenamiento y de valores superiores críticos que se enriquecen en la cultura y en la historia por el esfuerzo y por la reflexión del hombre, y que presionan para convertirse en valores legalizados"; y, después: "El legislador constituyente ha avanzado la interpretación de los valores del artículo 1.º-I en la propia Constitución. En ese sentido, el desarrollo de los valores por el juez y por el legislador ordinario no puede sustituir al modelo constitucional con otro modelo, sino que debe prolongarlo. De todas maneras, en el ámbito de ese modelo la decisión de su desarrollo deja mucho margen de interpretación al legislador ordinario y a los jueces, al tratarse de conceptos abiertos y que evolucionan y se perfilan a lo largo de la historia". (En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 42-43 y 44).

<sup>42</sup> En este sentido, tras repetir en distintas ocasiones que la justicia no añadiría nada a la libertad y la igualdad, concluirá: "Todos estos ejemplos, que prueban la dificultad de una definición autónoma de justicia, son suficientes para justificar el carácter superfluo de su enumeración entre los valores superiores. O es sinónimo de libertad e igualdad, o está vacío de contenido, o produce más problemas de los que resuelve con su utilización. No añade nada nuevo a la construcción de la Constitución material". (En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit, p. 148; pueden verse también respecto a la referencia y concreción del valor justicia en las dimensiones de los valores de libertad e igualdad, en pp., 27, 141 y 144-148).

político a las que antes me refería, como incorporar incluso nuevos valores dentro de este valor justicia, como ahora pretendo justificar.

La anterior argumentación no significa, no puede significar, que se comprenda al valor justicia como una especie de cajón de sastre en el que quepa incluir todo valor posible, eso lo impide, precisamente, el que su interpretación ha de hacerse, como antes apuntaba, en relación con el resto del texto constitucional<sup>43</sup>, y, en este sentido, entender, como aquí intento justificar, que se ha de establecer como objetivo último la consecución del libre desarrollo de la personalidad de los individuos y considerar, así, al valor libertad como el centro y "núcleo de certeza" de lo que se ha de entender por justicia en nuestras sociedades. Los valores que se incorporen han de ser, así, aquellos que mejor contribuyan a conseguir ese objetivo último y que sean, por consiguiente, respetuosos con el valor libertad. Es en este sentido que entiendo que cabe incorporar en nuestro Ordenamiento jurídico el valor solidaridad -al que después me referiré con más detalle- como valor superior, siendo posible, y en este sentido necesaria, su comprensión dentro del valor justicia que el artículo 1.1 reconoce como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual también estimo necesario para dar una adecuada comprensión de cómo garantizar la libertad a las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades. Una aproximación que también se observa en la evolución del pensamiento del profesor Peces-Barba, a la que antes me referí, quien concluiría, así, en su trabajo de 1992 "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución Española", "Si aplicamos los criterios teóricos que se han manejado en este artículo a la redacción del artículo 1-1 de

<sup>43</sup> Comparto, pues, plenamente la prevención que hacía el profesor Prieto al manifestar: "La legitimidad de los jueces para enmarcar los textos en el contexto histórico, para propiciar una interpretación evolutiva o incluso alternativa que intente llevar hasta el final las posibilidades que encierra un texto constitucional, no puede implicar en ningún caso la sustitución de las ideas y preceptos constitucionales por las ideas y doctrinas jurisprudenciales. Concebir los Tribunales como un depósito de legitimidad distinta a la legitimidad cristalizada en la Constitución, suponer que existen valores jurídicos nuevos y pujantes encarnados por los jueces que deben hacerse operativos frente a los valores viejos y caducos de la norma escrita, no sólo constituye un inmenso fraude a la misma idea de Constitución y de soberanía popular, sino que además representa un notable peligro para la existencia del Estado de Derecho". (En L. PRIETO SANCHÍS, "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", cit., p. 83).

la Constitución española, nos saldría una formulación del siguiente tenor: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico a la seguridad jurídica, la libertad, la igualdad y la solidaridad». Sería el reflejo de los valores superiores de un Estado social y democrático de Derecho, aunque el término justicia, más ambiguo, puede sustituir a los dos ausentes, que se desarrollan ampliamente en otros artículos de la norma fundamental, como signo de su presencia real, aunque no en la terminología aprobada por los constituyentes"<sup>44</sup>.

De hecho, de acuerdo con esa interpretación que aquí defiendo, entiendo que en los últimos años se empieza a desarrollar el valor solidaridad en nuestros ordenamientos jurídicos, aunque quede todavía lejos la necesaria profundización en todo lo que el mismo implica; y así, como después señalaré, creo que sólo atendiendo al valor solidaridad se puede entender correctamente la nueva Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, lo que también puede mostrar como el legislador ha empezado a desarrollar las dimensiones del valor solidaridad. Y es que, como bien explica el profesor Peces-Barba, sería un error entender que el desarrollo de los valores superiores corresponde a los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, antes que al legislador, "los valores superiores, los contenidos materiales de las Constituciones se desarrollan, en primer lugar, por medio de la ley y sólo subsidiariamente por medio de los Tribunales, aunque también por ellos"<sup>45</sup>. Y, en este sentido, también es de resaltar la vinculación expresa que nuestro propio Tribunal Constitucional ha hecho entre el "principio" de solidaridad y el valor justicia del artículo 1.1, señalando en el Funda-

<sup>44</sup> Cito por su libro de 1993, recopilación de otros trabajos suyos, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución Española", en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y derechos fundamentales*, col. "El Derecho y la justicia", núm. 32, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 320. Puede verse un estudio en profundidad de este autor sobre esos cuatro valores -seguridad jurídica, libertad, igualdad y solidaridad- en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA Y A. LLAMAS), *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, cit., pp. 207-294.

<sup>45</sup> En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., p. 70, puede verse también en este mismo sentido en pp. 81 y 86-87.

mentó Jurídico 5<sup>a</sup> de la STC 134/1987, de 21 de julio, "Esa valoración, con independencia de que se estime más o menos acertada en cada caso, no puede prescindir del deber de solidaridad entre todos los ciudadanos y, en el supuesto que nos ocupa, debe recordarse una vez más que las pensiones limitadas se encuentran entre las más altas de las que reconoce nuestro sistema de Seguridad Social. Ni cabe aducir, que, dado que esas pensiones proporcionalmente altas son pocas, su limitación tiene poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficia a los pensionistas más modestos. Tal razonamiento supone, con su simple enunciado, la negación misma del principio de solidaridad, una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios. Así, ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1), lejos de apoyar las tesis sustentadas por el TCT pueden ser invocados precisamente en su contra cuando se mantienen y actualizan las pensiones más bajas y se limitan las más altas en atención, como se ha dicho, a los recursos limitados que a todos ellos pueden dedicarse".

No obstante, de los dos valores respecto a los que queda por observar la posible prevalencia de uno sobre el otro: el de la libertad y el de la igualdad, creo que la justificación de la prevalencia del primero queda muy clara si atendemos a que, como señalase Bobbio<sup>46</sup>, la igualdad, en realidad, no es más que un valor medial caracterizado por la reciprocidad. La igualdad siempre tiene que ser entre dos sujetos, individuos o colectivos, y en relación con algo. Frases como "yo soy igual" o "tú y yo somos iguales" no tienen sentido, porque a la primera le falta la aclaración ¿igual a quién?, y a la segunda todavía le faltará aclarar ¿iguales en qué? Sin embargo, se entiende que el valor libertad sí tiene un contenido significativo

<sup>46</sup> Vid., respecto a lo señalado en el texto principal, en N. BOBBIO, *Igualdad y libertad*, introducción de Gregorio Peces-Barba, col. "Pensamiento Contemporáneo", Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona. 1993, pp. 53-56.

autónomo, podremos concretar el ámbito a que afecta: libertad de circulación, libertad de información o libre desarrollo de la personalidad, pero es un valor que cobra pleno sentido por sí mismo. **Por** eso, en realidad, el valor igualdad solo tiene sentido si lo relacionamos con otro valor superior, y éste sólo puede ser el de la libertad: todos somos iguales en el reconocimiento, respeto y protección **que** merecemos por el orden político y jurídico que se construye para desarrollar nuestros propios planes de vida<sup>47</sup>. Como antes recordaba, también Kant vio muy claramente esa relación necesaria entre liber-

<sup>47</sup> Un planteamiento diferente al que aquí realizo es el que hace buena parte de la doctrina al considerar como "valores fuertes" a la igualdad y al pluralismo político. Diferencia que responde, en realidad, a la utilización de distintos criterios para determinar la "fortaleza" de los valores. Así, mientras que el criterio frecuentemente utilizado por la doctrina, como muy bien señala el profesor Santamaría, en su muy elaborado libro sobre los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el del diferente alcance normativo de los valores, de forma que mientras que la invocación de los "fuertes" sirve para fundamentar directamente decisiones judiciales y legislativas -aunque pudiera señalarse que lo que en realidad se invoca son los principios o los derechos subjetivos en que se concretan, y que, en todo caso, como señala el propio Santamaría, se ha producido una evolución en las sentencias del Tribunal Constitucional, de manera que en buena medida "los valores superiores dejen de ser utilizados por el TC salvo en ocasiones «especiales», y aún en éstas se les hace desempeñar en la mayoría de estas ocasiones una función más «integradora» (en el sentido de que colaboran a fijar la correcta interpretación que se debe hacer de otros conceptos) que realmente «decisoria» (en el sentido de que sean utilizados como criterios únicos fundamentadores de resoluciones)"-. Sin embargo, en el caso de los "débiles" si bien se entiende que "también podrán ser invocados como justificación de un acto o de una decisión judicial (sobre todo de un órgano con las funciones que tiene atribuidas el TC), si se pretende que tal invocación sea efectiva se considera que en la práctica habrá de ir acompañada de una fundamentación complementaria en otro tipo de preceptos constitucionales". Pero la "fortaleza" de los valores puede considerarse conforme a otros criterios, como es el que entiendo que utiliza Peces-Barba (y que es el que yo utilizo en el presente trabajo), de derivar la "fortaleza" de los valores de una comprensión de las cualidades que cabe entender que poseen los valores como objetivos a conseguir por ser valiosos en sí mismos o como medios idóneos para la consecución de un fin ulterior (la dignidad humana en su caso, el libre desarrollo de la personalidad en el mío). (Puede verse al respecto, el análisis y las citas del profesor Santamaría en J. J. SANTAMARÍA IBEAS, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, cit., pp. 144-146 y 395; una opinión a favor de la consideración de la igualdad y el pluralismo político como los valores "fuertes", en L. PRIETO SANCHÍS, "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", cit., p. 86; y la crítica de Peces-Barba a la opinión de Prieto, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 126-127).

tad e igualdad y la señaló magistralmente en el párrafo que antes cité de su obra *La Metafísica de las Costumbres*, en el que claramente se observa como aunque reconozca un sólo derecho innato, la libertad, inmediatamente tiene que reconocer que ese derecho, al ser innato, es predicable de todos los hombres, es decir que todos somos iguales en cuanto a la posesión de ese derecho, pues le "corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad".

### 2.2.2. *El complemento de los valores*

Como pretendo haber justificado hasta aquí, la libertad es el valor central que se establece en el artículo 1.1 de la Constitución, prevalente debido a que es el fundamento directo del objetivo último de conseguir que todos los individuos puedan desarrollar libremente sus planes de vida<sup>48</sup>. Pero todavía nos quedaría por aclarar cómo se ha de entender que se complementa esa libertad con los valores de igualdad y de solidaridad -que, como antes he dicho, entraría por la vía del valor justicia-<sup>49</sup>. Y es en este sentido que se-

<sup>48</sup> En este sentido, me parece muy clarificadora que nuestro Tribunal Constitucional establezca, en el Fundamento Jurídico 6º de su Sentencia 132/1989, de 18 de julio, que el artículo 1.1. del Texto constitucional "consagra la libertad como "valor superior" del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias".

<sup>49</sup> El tema de la decisiva función que los valores de libertad, igualdad y solidaridad tiene en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad, ya lo traté en mis anteriores trabajos, en los que señalo algunos de los argumentos que utilizo en el texto principal de este trabajo: I. CAMPOY CERVERA, "Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad", en *Jornadas Discapacidad y Desarrollo*, COCEMFE, Madrid, 2005, pp. 33-59 -versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005, pp. 125-155-; I. CAMPOY CERVERA, "Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad", en I. CAMPOY CERVERA, (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, cit., y el artículo I. CAMPOY CERVERA, "El reflejo de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 1, 2004, pp. 73-98.

ñalaba antes que el artículo 1.1 se complementa con las dimensiones de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución, pues es conforme a las dimensiones que se pueden encontrar en ellos que se da un adecuado reconocimiento, respeto y protección para que las personas con discapacidad puedan diseñar y desarrollar sus propios planes de vida en igualdad de oportunidades que el resto de los individuos de la sociedad. De hecho, esos dos son los artículos que, como frecuentemente se recuerda, incorporan, respectivamente, las dimensiones "formal" y "material" del valor igualdad, así ha sido entendido no sólo por la doctrina sino también por nuestro Tribunal Constitucional, como bien nos recuerda el profesor Santamaría<sup>50</sup>; aunque, como después señalaré, el 9.2 ha de entenderse también como una vía adecuada para la incorporación de las dimensiones del valor solidaridad-; así ha sido entendido no sólo por la doctrina sino también por nuestro Tribunal Constitucional, como bien nos recuerda el profesor Santamaría.

El artículo 14 establece: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Es decir, establece el principio clásico de la prohibición de discriminación directa, que prohíbe dar un trato desigual y desfavorable a ciertas personas por razones que, en principio, han de considerarse como jurídicamente irrelevantes, como son el sexo, la raza, la discapacidad, etc.<sup>51</sup>. No se puede pro-

<sup>50</sup> Vid. al respecto en J. J. SANTAMARÍA IBEAS, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, cit., p. 401. Por otra parte, el complemento de estos artículos, y las dimensiones del valor igualdad que incorporan, con el valor libertad queda claro, por ejemplo, en la exposición del profesor Peces-Barba, al señalar así como para él "existen buenas razones para creer que el sistema de valores que se propugna en la Constitución en realidad se centra en los de libertad e igualdad". (En G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 118-119).

<sup>51</sup> No puede haber ninguna duda de que la discapacidad se ha de considerar incorporada en esa cláusula abierta de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Así, lo hace explícito nuestro Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4º de su Sentencia 269/2004, de 3 de octubre (en la que se señala la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa, en concreto la reserva de plazas a favor de personas con discapacidad en el acceso a puestos de trabajo, en este caso de la función pública), "No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación". E igualmente es



ducir, en este sentido, una discriminación en la propia ley ni en su aplicación; todas las personas serán, así, iguales ante la ley. No puede haber, pues, ninguna ley o acción de cualquier órgano público que implique un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. Son las dimensiones de la igualdad ante la ley: el Derecho es el mismo para todos, que obligan tanto al legislador cuando crea Derecho, igualdad en la ley, como al juez cuando aplica ese Derecho, igualdad en la aplicación de la ley; de la igualdad como generalización, las leyes tienen que tener como destinatario al hombre genérico, y como equiparación, las leyes no pueden establecer consecuencias jurídicas diferentes para las personas pertenecientes a algún colectivo humano por razones irrelevantes.

El artículo 14, en principio, no tendría otra finalidad que asegurar esa necesaria igualdad formal, aunque su alcance, desde el punto de vista actual, se considere muy limitado si lo que se pretende es la efectiva consecución del objetivo último del libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos de la sociedad. En este sentido, si bien esa igualdad formal valía para la construcción del viejo Estado liberal de Derecho, resulta necesaria pero insuficiente para las funciones del Estado social de Derecho. Para la construcción del Estado social de Derecho el valor igualdad habría de adquirir nuevas dimensiones, pues la apreciación paulatina de las situaciones de desigualdad real vividas por personas individuales y por colectivos de personas, por falta de recursos económicos, por circunstancias personales o sociales o, más recientemente, por discriminaciones indirectas, hizo necesaria la incorporación de esas nuevas dimensiones de la igualdad que pretenden hacer posible una igualdad real de oportunidades para todos los ciudadanos en el libre desarrollo de sus planes de vida. Lo que no significa que se haya de colocar a todos en la misma situación de oportunidades sociales para desarrollar sus planes de vida, sino que lo que se defiende es que todos han de te-

señalado de forma clara en nuestra doctrina, por ejemplo, López Guerra, "no sólo por el mero tenor literal del precepto, sino, a contrario, por la previsión del artículo 49 CE"; y en la legislación actual, incluyéndose explícitamente la discapacidad en la prohibición que se hace de "toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de...", en el artículo II-81.1, del Título III de la Parte II, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. (Puede verse la afirmación de López Guerra en L. LÓPEZ GUERRA, "Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia", cit., p. 47).

ner garantizados unos mínimos que les sitúen en disposición de poder desarrollar sus planes de vida; es decir, no se trata de garantizar que todos tengan, finalmente, las mismas oportunidades de éxito, sino que todos tengan razonables oportunidades de éxito. La "plasmación de esas nuevas dimensiones en nuestro texto constitucional se realiza fundamentalmente en el artículo 9.2, es en este artículo donde mejor podemos encontrar representado lo que supone la asunción de obligaciones positivas por los poderes públicos para el desarrollo de la dimensión social del Estado social y democrático de Derecho en que se constituyó España, su texto dice: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"<sup>52</sup>.

De esta manera, para hacer frente a las situaciones de desigualdad real vividas por personas individualmente consideradas, que les imposibilitaba la adecuada satisfacción por sus propios medios de sus necesidades básicas, se articularon una serie de medidas que aseguraban -quedando el Estado como garante último de las mismas- la posibilidad de satisfacer esas necesidades a través de prestaciones de tipo económico, social o personal. Estas medidas, que responden, así, a una nueva dimensión "material" de la igualdad, son, siguiendo la terminología de Giménez Gluck, las "medidas de igualación positiva"<sup>53</sup>. Pues sin la satisfacción de esas necesidades básicas resultaba imposible que los individuos pudiesen desarrollar

<sup>52</sup> Aunque, en todo caso, hay que tener presente que este artículo, como lo reconoce explícitamente nuestro Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 4<sup>a</sup> de la Sentencia 120/1990, de 27 de junio, "no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo", como sí hace el artículo 14 respecto a la igualdad de trato formal.

<sup>53</sup> Dirá Giménez Gluck: "Las medidas de igualación positiva son los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan". (En D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, colección tirant monografías, tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 58; y puede verse más concretamente el desarrollo respecto a esa idea de las medidas de igualación positiva en pp. 58-61).

sus planes de vida, extender la libertad a todos, como tan bien se señalaba en el texto de Rosselli antes citado.

Otro paso que se ha dado para hacer frente a las situaciones de desigualdad real vividas por personas individualmente consideradas o por pertenecer a un grupo social, hace referencia a la discriminación provocada de forma indirecta por lo establecido, o dejado de establecer, en las normas jurídicas y en su aplicación. Es en este sentido que además de procurarse el cambio de la normatividad existente, se ha articulado lo que se conoce como ajustes razonables. Hay que entender que se produce una discriminación indirecta cuando una norma jurídica que tratase formalmente igual a todos, que tuviese como destinatario a ese hombre genérico del que antes hablaba, es decir, que no implicase ninguna discriminación directa, sin embargo, con su aplicación, y precisamente por no tener en cuenta las especiales situaciones de desventaja social en que se encuentran determinadas personas, se produciría una discriminación de hecho para esas personas. Por ejemplo, una norma que regulase el horario de trabajo de una empresa pero que no tuviese en cuenta las situaciones de lactancia femenina o la necesidad para ciertas personas con discapacidad de contar con algunas horas de rehabilitación, sería una norma formalmente respetuosa con el valor igualdad pero que produciría una discriminación en la realidad, al hacer más difícil que las personas afectadas pudiesen acceder a los puestos de trabajo de esa empresa. Contra esas prácticas, y sus consiguientes discriminaciones indirectas, hay que procurar, como antes señalaba, cambiar las normas jurídicas de manera que tengan en cuenta, en la medida de lo posible, las especiales situaciones de todas las personas que se verán afectadas de manera concreta en la aplicación de esas normas; pero también se hará necesaria la articulación de los llamados ajustes razonables, que bien define, respecto a las especiales situaciones que pueden afectar a las personas con discapacidad, la propia Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, "no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en su artículo 7: "Ajuste razonable: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en

igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda".

Pasos, todos ellos, necesarios pero insuficientes, pues para hacer frente a las situaciones de desigualdad real que afectaba a determinadas personas por el hecho de pertenecer a grupos que socialmente han sido, y siguen siendo, objeto de un trato discriminatorio por parte de la sociedad, se articularon también otras medidas con las que se pretendía acabar con la situación de desigualdad en que se encuentran esos grupos sociales -como es el caso del de las personas con discapacidad-, estableciéndose, así, situaciones artificiales de ventaja para esos grupos sociales. Estas medidas son las que se conocen como acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa o positiva. Las acciones positivas moderadas ocuparían una especie de situación intermedia entre las medidas de igualación positiva y las medidas de discriminación inversa o positiva. Comparten con las primeras que son medidas que se articulan para dar solución a situaciones de desigualdad real que exigen la intervención activa de los poderes públicos y ciudadanos, y en que esa intervención si bien se puede entender que en alguna medida afecta al desarrollo de planes de vida de terceras personas, se ha de entender que lo hace de forma indirecta y, en todo caso, no de forma que se impida o dificulte gravemente el desarrollo de los planes de vida de esas terceras personas. Y en lo que difieren con las medidas de igualación positiva es que mientras que en éstas se tiene en cuenta al hombre individualmente considerado, en las acciones positivas moderadas se le tiene en cuenta por pertenecer a un grupo social, que es el que se tiene en cuenta directamente por que ha sido y sigue siendo objeto de discriminación en la sociedad. En cambio, con las medidas de discriminación inversa o positiva, comparten precisamente esa consideración del individuo por su pertenencia a un grupo social que sufre discriminación, y, sin embargo, difieren de ellas en que con las medidas de discriminación inversa o positiva sí se

afecta de manera directa, y puede que también importante, al desarrollo de los planes de vida de terceras personas<sup>54</sup>.

No obstante, con estos últimos tipos de medidas hemos dado, en realidad, unos pasos importantes que exigen ser destacados y, en su caso, justificados. La realización de ajustes razonables y, sobre todo, la aplicación de medidas de discriminación inversa o positiva supone el reconocimiento de fuertes exigencias a los individuos de la sociedad que no se benefician directamente de ellas -pues, como señalaba, las de discriminación inversa o positiva incluso pueden suponer un perjuicio directo e importante en el desarrollo de planes de vida de terceras personas-. No obstante, su justificación entiendo que es posible con la incorporación de un nuevo valor, el de la solidaridad, como complemento del de la igualdad -al atenderse al máximo número de personas posible-, en la consecución de una efectiva libertad en el máximo desarrollo posible los propios planes de vida. Su incorporación como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico se haría, pues, conforme a lo antes argumentado, a través de su comprensión dentro del valor justicia que el artículo 1.1 de nuestra Constitución reconoce explícitamente.

Asumir el valor solidaridad significa<sup>55</sup>, por una parte, asumir una concepción antropológicamente optimista -abandonando el

<sup>54</sup> López Guerra también encuentra suficiente cobertura jurídica, partiendo del artículo 49 de la Constitución, para realizar estas medidas de discriminación inversa, e igualmente señala ese perjuicio directo que las medidas de discriminación inversa produce a terceras personas: "El tratamiento diferenciado en favor de los minusválidos puede consistir (como es usualmente el caso) en medidas legislativas o administrativas, o prestaciones estatales que no redundan en desventaja de terceros. Pero también pueden consistir en diferencias de trato que sí suponen una preferencia en favor de los minusválidos (precisamente por serlo, con independencia de otras características individuales) con respecto a otros ciudadanos que no lo son, y que podrían verse preteridos en determinadas circunstancias, debido a ese tratamiento diferenciado. Nos encontramos aquí ante una variedad de protección (que a veces se ha denominado «discriminación inversa») que presenta sus propias peculiaridades, y que también resulta de aplicación en nuestro ordenamiento"; y: "concederles cierto régimen ventajoso que se traduce, en forma inmediata y directa, en una desventaja para terceros no minusválidos. Se trataría de la llamada discriminación inversa, usualmente vinculada al sistema de cuotas" (En L. LÓPEZ GUERRA, "Discapitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia", cit., pp. 36 y 52. Un buen análisis de lo que suponen estas medidas de discriminación inversa, aplicado a los derechos de las personas con discapacidad, puede verse en este trabajo en pp. 50 - 57).

<sup>55</sup> Para una comprensión del valor solidaridad en la línea aquí apuntada, puede verse, por ejemplo, en nuestra doctrina, a J. DE LUCAS, *El concepto de Solidaridad, colección*

pesimismo antropológico que tan bien podemos apreciar en la teoría de Hobbes y su idea de que el hombre es un lobo para el hombre-, entender que el hombre es capaz de sentir empatía por el sufrimiento ajeno, es decir de sentir como propio (lo que no quiere decir en la misma medida) el sufrimiento de otra persona, y, en este sentido, entender que situaciones y causas de terceras personas pueden merecer nuestra adhesión, nuestra solidaridad. Y, por otra parte, supone entender también que se ha de abandonar el perjuicio egoísta de considerar que no debemos nada a nadie, que el individuo es como una isla que se interrelaciona sólo voluntariamente con los otros individuos de la sociedad, y aceptar que, al contrario, sí debemos a los otros individuos de la sociedad, al colectivo en su conjunto, muchos beneficios que de ellos hemos obtenido, entre ellos, el poder, en buena medida, diseñar y desarrollar nuestros propios planes de vida. Por eso, y esto es muy importante subrayarlo conforme a la comprensión que hago del valor solidaridad como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico, no se ha de olvidar nunca que el objetivo último que tenemos marcado es que las personas individualmente consideradas consigan diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución. Se trata, pues, de complementar el individualismo, que está en la base de todo el sistema de los derechos fundamentales, reconociendo la trascendencia que ha de tener la propia colectividad precisamente para la consecución de los fines individuales.

De esta manera, entiendo que el valor solidaridad ha de incorporar tres ideas fundamentales para la consecución y la propia redefinición de ese objetivo, que, sin embargo, no encuentran un reflejo, o al menos no adecuado, en la Ley 51/2003. La primera, es que la colectividad adquiere una importancia trascendental para la

Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 29, Fontamara, México, 1993; J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, "Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político", en *Sistema*, núm. 101, 1991, pp. 123-135; J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, "Solidaridad y derechos de las minorías", en AA.VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 2-14; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA Y A. LLAMAS), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 261-282 y M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2002 (fundamentalmente pp. 326-353).

vida de los individuos: el individuo no tiene existencia real sin la colectividad, la colectividad conforma en muy buena medida la propia personalidad del individuo, sus planes de vida y la forma en que se considera apropiado hacerlos eficaces, y hace posible, a su vez, que esos planes de vida puedan efectivamente realizarse. Por consiguiente, hay que considerar también que la colectividad es responsable en buena medida -como lo es el propio individuo en otra buena medida- de que los individuos que la componen puedan o no desarrollar sus planes de vida de una forma satisfactoria.

La segunda, es que el reconocimiento de esa importancia del colectivo ha de suponer que se acepta la posibilidad de que el respeto, reconocimiento y protección, por el cumplimiento de los planes de vida de terceros pueda, en ocasiones puntuales, exigir un sacrificio directo del cumplimiento de los propios planes de vida. Y es en este sentido que se justificarían más adecuadamente la práctica de las ya señaladas medidas de discriminación inversa o positiva y de los ajustes razonables.

Y la tercera, es que los sacrificios que se pueden exigir a los individuos no se han de limitar sólo a los hechos en beneficio de individuos identificables, sino que también se pueden exigir en beneficio de ese "ente" más o menos abstracto que es la colectividad. Por ejemplo, los sacrificios que se exigen para la conservación del medio ambiente se ha de entender que se realizan por su beneficio para la colectividad en su conjunto, no para algunos individuos en concreto.

En todo caso, no hay que olvidar que si el objetivo último es conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada una de ellas individualmente se haya dado, la exigencia de mayores obligaciones a los individuos que componen esa colectividad estará justificada siempre que los sacrificios personales sean necesarios para la consecución de ese objetivo común y se haga conforme a normas universalizables, lo que ha de impedir que ese sacrificio pueda suponer que se imposibilite o dificulte gravemente la consecución de los planes de vida por parte de quien realice el sacrificio.

Es, pues, con la incorporación de todas estas nuevas dimensiones de los valores superiores del Ordenamiento jurídico, que sí podemos entender que existe en nuestro orden constitucional las herramientas necesarias para el establecimiento de las medidas

necesarias, a través del reconocimiento y protección de derechos, para que las personas con discapacidad puedan, como el resto de los individuos de la sociedad, diseñar y desarrollar sus propios planes de vida en igualdad de oportunidades. Sin embargo, todavía quedaría por determinar cómo se podrían resolver los problemas concretos que presentan las especiales situaciones vividas por las personas con discapacidad para la efectiva realización del libre desarrollo de sus propios planes de vida a través del ejercicio de los derechos fundamentales que se les reconocen. A señalar lo que entiendo que serían vías necesarias a seguir en cuanto a las dos principales cuestiones que a este respecto se plantean, que afectan respectivamente al reconocimiento y al ejercicio de los derechos, dedicaré un último apartado.

### 3 VÍAS DE SOLUCIÓN PARA LOS ESPECIALES PROBLEMAS QUE PRESENTA EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Conforme a lo que he señalado hasta aquí, cabría concluir que el objetivo básico es conseguir que las personas con discapacidad puedan desarrollar libremente sus planes de vida en igualdad de oportunidades que el resto de los individuos de la sociedad y que, para ello, las nuevas dimensiones del valor igualdad y la incorporación del valor solidaridad permiten entender que se han de articular especiales garantías y que se pueden exigir sacrificios puntuales a terceras personas. No obstante, creo que también hay que hacer referencia a dos problemas diferentes a los que se pueden enfrentar las personas con discapacidad y que, como antes decía, afectan al reconocimiento y al ejercicio de los derechos.

#### **3.1. La necesidad de reconocer garantías y derechos especiales**

Había señalado con anterioridad que los derechos fundamentales son los instrumentos político jurídicos idóneos para conseguir el libre desarrollo de los planes de vida de las personas; pero lo que ahora cabe considerar es cómo actuar cuando las circunstancias



personales impiden ejercer adecuadamente esos derechos. Es claro, en este sentido, que las personas con discapacidad están en una situación de especial indefensión en la sociedad, que hace necesario que tengan reconocidas unas especiales garantías que les permitan ejercitar eficientemente los derechos reconocidos por igual a todos los individuos de la sociedad, que en la Constitución española se reconocen a todos y el artículo 49 hace explícito que se reconocen en la misma medida a las personas con discapacidad<sup>56</sup>.

Pero el reconocimiento de esas garantías especiales pueden ser finalmente insuficientes, y es en este sentido que se hace necesario el reconocimiento de algunos, que hay que entender que han de ser pocos, derechos especiales de los individuos pertenecientes a los grupos sociales que están en esas situaciones de especial indefensión, pues sólo para ellos tiene sentido el reconocimiento de esos derechos, ya que sólo ellos los necesitan para la efectiva consecución de esa igualdad de oportunidades con el resto de individuos de la sociedad para el libre desarrollo de sus planes de vida individuales.

Es en estos ámbitos que adquiere una especial significación el valor solidaridad junto al valor igualdad, en su amplia dimensión de garantizar la igualdad de oportunidades entre todos los individuos de la sociedad, pues es conforme a esos valores que se empiezan a desarrollar garantías especiales, e incluso a reconocer derechos es-

<sup>56</sup> Señala López Guerra respecto a esta vía: "Desde la perspectiva de la protección específica a los minusválidos en cuanto tales, el régimen de éstos se plantea en coordenadas distintas. El artículo 49 CE habilita a los poderes públicos para tratar a los minusválidos, como colectivo, en forma diferente (se entiende que en forma más ventajosa) que al resto de los ciudadanos, mediante, entre otros métodos, el establecimiento de un conjunto de medidas y prestaciones tendentes a su rehabilitación e integración. Medidas y prestaciones, por otra parte, que implican un tratamiento diferenciado del correspondiente a otros ciudadanos, que usualmente vendrá determinado, no por las características propias de cada individuo beneficiado por ellas, sino en virtud de su inclusión formal en la categoría de minusválido: será la integración en esa categoría, de acuerdo con criterios preestablecidos, la que dará lugar a las prestaciones o tratamiento diferenciado. Ahora bien, y frente a lo señalado respecto de la efectividad de los derechos fundamentales, ese tratamiento no se configura como directamente exigible a partir de la Constitución, sino condicionado a la existencia de una normativa que desarrolle el mandato constitucional". (En L. LÓPEZ GUERRA, "Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia", cit., p. 36).

peciales, que están incluidos en el establecimiento de ajustes razonables, accesibilidad universal, diseño para todos, acciones positivas moderadas o medidas de discriminación inversa o positiva, como muestra la inclusión de todas ellas en la Ley 51/2003<sup>57</sup>.

Todo lo cual casa bien, como no podía ser de otra manera, dentro de lo que está siendo el desarrollo del último de los procesos que se han señalado en cuanto a la evolución de los derechos fundamentales, al que el profesor Bobbio se refirió como el proceso de especificación<sup>58</sup>, y, más concretamente -teniendo en cuenta que

<sup>57</sup> Es la ampliación de una senda marcada por la constitución de nuestro modelo político jurídico en Estado social y democrático de Derecho, que el propio Tribunal Constitucional había transitado ya en la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, donde reconocería en su Fundamento Jurídico 4º: "No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar".

<sup>58</sup> El primero en hablar del proceso de especificación (que se añadiría a los otros tres procesos, positivación, generalización e internacionalización, que el profesor Peces-Barba ha identificado en la evolución histórica de los derechos fundamentales desde el tránsito a la Modernidad) fue Norberto Bobbio -como él mismo lo señala explícitamente en la Introducción a su libro, recopilación de catorce trabajos suyos en donde trata el tema de los derechos humanos, *El tiempo de los derechos*-, desarrollando esa idea en los capítulos "El tiempo de los derechos" y "Derechos del hombre y sociedad". (Se pueden ver estos dos trabajos de Bobbio, en N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97-112 y 113-127, respectivamente; y sobre los procesos de positivación, generalización e internacionalización en la concepción del profesor Peces-Barba, vid. en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. ASÍS,

después el profesor Peces-Barba distinguió entre especificación por los titulares de los derechos y especificación por el contenido de los derechos- dentro del proceso de especificación por los titulares de los derechos -que es el que se corresponde con el planteamiento que el profesor Bobbio expuso en su momento al hablar de proceso de especificación-<sup>59</sup>. Y es que, efectivamente, se produce una especificación de los derechos fundamentales por los titulares de los mismos, por las situaciones de especial indefensión en las que éstos se encuentran en las relaciones sociales por su edad, sexo, discapacidad, etc., que les colocan en una situación de desventaja respecto al resto de los actores sociales para poder participar en esas relaciones sociales y poder conseguir por ellos mismos, con razonables posibilidades de éxito, la realización de sus planes de vida. Por eso, está justificado que a las personas pertenecientes a esos colectivos se les reconozcan ciertos derechos específicos, y, sobre todo, que se les reconozcan garantías específicas, o derechos que funcionan como tales garantías, de manera que les permitan ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales que comparten con todas las demás personas<sup>60</sup>, que son los que antes hemos señalado como los instrumentos político jurídico idóneos para que las personas puedan diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución, es decir, conseguir el libre desarrollo de su personalidad.

Es, pues, en virtud del valor solidaridad, actuando en este sentido como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico, que se termina por apreciar de la mejor manera que las situaciones de especial indefensión en las que se encuentran las personas con discapacidad

C. FERNÁNDEZ LIESA Y A. LLAMAS), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 154-179).

<sup>59</sup> Puede verse, en este sentido, el análisis que hace el profesor Peces-Barba en cuanto al proceso de especificación en relación con los titulares, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (con la colaboración de R. ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA Y A. LLAMAS), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180-182.

<sup>60</sup> Es muy esclarecedor en esta línea el análisis de Ferrajoli, en el que se puede apreciar la defensa de la igualdad en derechos fundamentales y de la posibilidad de articular derechos específicos siempre que se responda a la consideración básica del igual respeto a la identidad de todas y cada una de las personas. (Véanse dos significativos pasajes al respecto en L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, Trotta, Madrid, 1999, pp. 76 y 91).

han de ser tenidas en cuenta para formular políticas públicas y articular mecanismos jurídicos que les concedan una especial protección, a fin de conseguir que se palien y, finalmente, se eliminen los problemas que de ellas se puedan derivar para que esas personas puedan desarrollar sus propios planes de vida. Es decir, se trataría de articular

"medidas políticas y jurídicas que permitan que las personas con discapacidades puedan superar las situaciones de desventaja social en que se encuentran (por causas sociales, económicas, políticas o derivadas de su propia discapacidad), y ejercer así de forma eficaz sus derechos fundamentales de la misma manera en que lo realizan el resto de personas de la sociedad. Y este planteamiento básico no nos tiene que hacer pensar que no se puedan reconocer también derechos fundamentales que sean realmente propios de las personas con discapacidad (como existirían también, respecto a las personas de otros colectivos, derechos propios de las mujeres, los niños, etc.).

Creo que habría que aceptar la existencia de esos derechos -que habrá de ser en un número pequeño- siempre que se demuestre que son necesarios para que esas personas puedan, en igual medida que las demás, alcanzar el máximo desarrollo posible de sus propios planes de vida. De esta manera, cabe resaltar que si el objetivo último es que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible sus propios planes de vida, y que para ello se reconocen y protegen los derechos fundamentales por considerarse que éstos son los instrumentos político jurídicos idóneos para la consecución de ese fin, habría que considerar, pues, que los derechos fundamentales son, en general, predicables de todo el mundo por igual. Lo que resulta conforme con lo establecido en el artículo 49 respecto de las personas con discapacidad -aunque, de acuerdo con lo que aquí vengo argumentando, no hubiese sido necesaria esa aclaración expresa-; y sin embargo, la propia regulación de ese artículo 49 puede confundir, de hecho, más que aclarar, pues en él se reconoce el "disfrute" de sus

derechos, pero no se hace alusión a su "ejercicio". Y es que si de lo que se trata es de que las personas con discapacidad puedan, en igualdad de oportunidades que el resto de los individuos de la sociedad, diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución, desarrollar libremente su personalidad, de lo que habría que preocuparse es de establecer garantías y reconocer derechos específicos para que las personas pertenecientes a ese colectivo puedan disfrutar y ejercitar adecuadamente sus derechos.

Estas últimas consideraciones nos sitúan en la necesidad de atender a la segunda cuestión que antes apuntaba sobre los posibles límites que cabría establecer respecto al ejercicio, por las personas con discapacidad, de sus propios derechos.

### **3.2. El ejercicio de los derechos fundamentales por las personas con discapacidad**

En este último punto trataré de ayudar a esclarecer una vía fundamental a la hora de determinar cuándo las personas con discapacidad pueden ejercer libremente, conforme a su voluntad, sus derechos. El texto constitucional no daría, en principio, una clara respuesta a esta cuestión, y la redacción del artículo 200 de nuestro Código Civil resulta, en este sentido, claramente insatisfactoria, pues recordemos que, conforme al mismo, "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Si se interpretase ese artículo del Código Civil, así como el artículo 49 de la Constitución, en clave propia del modelo "rehabilitador" habría que concluir que es necesario establecer unas fuertes limitaciones al ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad, y hay que entender que, como bien señaló nuestro Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 174/2002, de 9 de octubre, antes de señalar las circunstancias que se han de dar para la declaración de incapacitación de una persona, "toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)".

No obstante, si, conforme a todo lo que llevamos dicho, es claro que resulta necesario incorporar las claves propias del modelo "social", habrá que concluir que, finalmente, tendremos que centrarnos en las mismas limitaciones que cabría establecer para el resto de los individuos de la sociedad<sup>61</sup>, y ello nos llevará al análisis de lo que es el paternalismo justificado, es decir, un paternalismo que está más

<sup>61</sup> También López Guerra observa esta otra vía como posible conforme al artículo 49 de la Constitución: "Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, los poderes públicos están obligados a asegurar su efectividad respecto de todos los ciudadanos, y,

allá del perfeccionismo moral y del paternalismo injustificado que pretenden defender la corrección de las acciones de terceros de forma que se consiga la realización de unos planes de vida que no responden a la voluntad del individuo que los desarrolla, siéndoles, pues, ajenos, ya que sólo responden en última instancia a los ideales del que impone la medida perfeccionista o paternalista. Para mí el paternalismo justificado sería, pues, aquél que supusiese la toma de medidas por agentes externos al individuo que le afectasen de forma determinante, incluso compeliéndole, en la realización de una acción o una serie de acciones por considerarse que dichas medidas resultan imprescindibles precisamente para la efectiva consecución

entre ellos, de los minusválidos; no ciertamente, porque sean minusválidos, sino porque son ciudadanos. Esta efectividad deriva directamente de los mandatos constitucionales, sin que pueda hacerse depender de la presencia de un desarrollo legislativo. La presencia de deficiencias o minusvalías físicas o psíquicas podrá suponer una peculiar forma de ejercicio de esos derechos, así como la necesidad de que los poderes públicos adopten para ello las medidas oportunas, pero no su negación en ningún caso. Incluso, esa peculiaridad, y las correspondientes medidas, no derivarán de la presencia de una «minusvalía» definida formalmente y en sentido técnico, sino de la presencia en unos determinados individuos de unas deficiencias, más o menos intensas, que exijan medidas adecuadas para la efectividad del derecho fundamental de que se trate. Y finalmente -y en una enumeración inicial- la peculiaridad en el ejercicio de los derechos derivará de las condiciones propias de cada individuo, y no de su catalogación o inclusión en un colectivo determinado". (En L. LÓPEZ GUERRA, "Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia", cit., pp. 35-36).

Lo que no comparto del interesante y sugestivo análisis que hace López Guerra, es la vinculación que realiza entre las características del Estado Social de Derecho y las ventajas o prestaciones especiales (como las medidas de discriminación inversa) a favor de las personas con discapacidad, cuya puesta en práctica exigiría el texto constitucional dentro de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo Tercero del Título I, dejando la exigencia del efectivo ejercicio de los derechos fundamentales vinculado con la característica de Estado de Derecho que se concretaría en lo establecido en el Capítulo II, especialmente en su sección 1ª. Conforme a lo que aquí trato de justificar, no se puede hacer esa separación, el Estado Social de Derecho garantiza esas ventajas o prestaciones especiales a favor de las personas con discapacidad para que éstas puedan, como cualquier otro ciudadano, conseguir el máximo desarrollo posible de su propia personalidad; y así para conseguirlo se considera que los derechos fundamentales son los instrumentos político jurídicos idóneos, acertadamente se entiende que en ocasiones su efectivo ejercicio no se podría realizar sino se garantizasen precisamente esas ventajas y prestaciones especiales. (Puede verse la opinión de López Guerra al respecto en L. LÓPEZ GUERRA, "Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia", cit., pp. 38-39 y 50-51).

del libre desarrollo de la personalidad del propio individuo, es decir, que habría razones para entender que la decisión que se adopta sería la que el propio individuo tomaría de tener la suficiente razón, información y experiencia respecto a esas acciones, conforme a lo que sería el diseño y la efectiva consecución de sus propios planes de vida<sup>62</sup>.

Conforme a lo antes señalado, hay que partir de dos consideraciones primordiales básicas: la titularidad de los derechos fundamentales es predicable de las personas con discapacidad de la misma manera que del resto de los individuos de la sociedad y la limitación en su ejercicio ha de tener una clara justificación, que esté asentada dentro de la teoría de los derechos fundamentales, de la misma manera que también se podría establecer respecto de los demás individuos de la sociedad<sup>63</sup>. En ese sentido, entiendo que ambas consideraciones se respetan en la realización de medidas paternalistas

<sup>62</sup> Es evidente que ni puedo ni pretendo tratar aquí en profundidad un tema tan complejo como es el del paternalismo, pero entiendo que el desarrollo de las ideas que a continuación expongo en el texto principal señalan pautas esenciales que habría que considerar en cualquier discurso sobre el paternalismo que resultase justificado conforme al fin necesario del respeto al libre desarrollo de la personalidad de los individuos.

<sup>63</sup> Planteamiento que viene a coincidir con la lectura que hace López Guerra de nuestro ordenamiento, partiendo del artículo 49 de la Constitución: "una parte importante de la integración de los minusválidos en la vida social, y la normalización de su situación estará vinculada a la efectiva puesta en práctica de sus derechos fundamentales, derechos que poseen, no en cuanto integrados en el colectivo conceptualizado como «de minusválidos», sino en cuanto ciudadanos tout court (...) cabe deducir de los términos constitucionales que la protección de los derechos fundamentales incluye la provisión de aquellas medidas necesarias para su efectividad en relación con personas o grupos en situaciones de deficiencia o disminución física o psíquica: de manera que un elemento de la normalización de la posición de esas personas será el disfrute, en igualdad de condiciones, de los derechos constitucionalmente garantizados. Que el constituyente era consciente de este «efecto integrador» de los derechos fundamentales resulta evidente a partir del mismo artículo 49 CE (...) En realidad (y con las matizaciones que se harán más abajo), y en lo que atañe a los derechos fundamentales, no resultaría apropiado estimar que deba existir en todo caso un régimen específico al respecto de los minusválidos; las previsiones, medidas <«especiales» y particularidades exigidas por la protección de sus derechos serían sólo una manifestación de la obligación de los poderes públicos de garantizar estos derechos a todos los ciudadanos (o en sus caso, a todas las personas). Incluso, la propia calificación de minusválido (o la de disminuido, o discapacitado) podría estimarse desde este punto de vista, irrelevante a estos efectos. Pues entre la completa ausencia de deficiencias psíquicas y físicas (si es que ello es concebible) y los mayores grados de minusvalía no hay

justificadas, con las que aludo, pues, a aquellas situaciones en las que estaría justificado actuar en contra de lo que expresamente manifiesta una persona que quiere realizar en uso del libre ejercicio de su voluntad por considerarse que si se le permitiese realizar dicha acción se estaría permitiendo, en realidad, que se produjese un perjuicio en el adecuado desarrollo de los propios planes de vida de la persona objeto de la medida paternalista.

La aparente contradicción que parece plantearse entre la actuación en contra de la voluntad manifestada por la persona y el respeto por los planes de vida que la persona diseña y para los que actúa conforme a su libre voluntad, se resuelve dando primacía a la representación de lo que constituye la voluntad de la persona. De esta manera, se parte de que es cierto que en ocasiones la voluntad expresamente manifestada por una persona no se corresponde con lo que ha de considerarse que constituye su "auténtica" voluntad. El "muchas veces referido ejemplo que pusiera John Stuart Mili, en su magnífico libro *Sobre la libertad*, para explicar una medida paternalista justificada, me permitirá aclarar el sentido que quiero dar a esa idea de "auténtica" voluntad y, así, que una medida paternalista, una acción contraria a la voluntad expresamente manifestada por el individuo, puede entenderse compatible con el pleno respeto a la voluntad del individuo.

Nos invita Mili -que precisamente realizaría en ese libro una de las más vigorosas defensas que se han hecho sobre la libertad individual, concibiéndose la vida de cada persona configurada conforme a un ámbito de libertad para la toma de decisiones por el propio sujeto, en el que nadie está legitimado para interferir cuando sólo a él le afectan- a que imaginemos un sujeto que quiere cruzar un puente que

una clara y tajante cesura, sino una gradación de situaciones de deficiencias, discapacidades y minusvalías, todas ellas acreedoras a ser tenidas en cuenta, a la hora de la protección de los derechos fundamentales, para la efectividad de éstos. Desde este enfoque, basado en los derechos fundamentales, los minusválidos dejarían de ser un *target group*, en la terminología anglosajona, un grupo cuya protección se busca, para mostrarse como ciudadanos titulares de unos derechos (comunes a los demás) y acreedores como los demás, a su plena protección y ejercicio. La protección de los derechos fundamentales de los minusválidos (a través de las medidas «especiales» requeridas) sería sólo una expresión más de la protección general de los derechos fundamentales". (En L. LÓPEZ GUERRA, "Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia", cit., pp. 38-40).



hay para salvar un río sin saber que el puente ha sido declarado inseguro y que, por consiguiente, caería al río de empezar a cruzarlo, apuntando, al respecto, la clara obligación que tenemos, en caso de poder, de impedirle cruzar el puente, a pesar de que el hombre haya manifestado su voluntad en este sentido al empezar a cruzarlo.

En una somera aproximación al ejemplo parece que estamos actuando contra la voluntad de la persona, pero es fácil de entender que, en realidad, lo que estamos haciendo es precisamente respetando su voluntad. Actuamos contra su voluntad expresamente manifestada: empezar a cruzar el puente, porque queremos respetar su "auténtica" voluntad: suponemos que prefiere no caer en el río que intentar cruzar el puente, pues su voluntad no es caer en el mismo, como de hecho ocurriría si empezase a cruzar el puente. El ejemplo, pues, creo que es muy ilustrativo de que el respeto por la "auténtica" voluntad del individuo no tiene por qué coincidir siempre con el respeto por la voluntad por él manifestada. En este caso el sujeto no sabía que el puente había sido declarado inseguro, pero la voluntad podría estar viciada igualmente tanto si no tuviese la razón suficiente para entender la información que se le suministraba con la declaración del puente como inseguro, cuanto si aún pudiendo comprender qué se quería decir con la declaración del puente como inseguro, no tuviese la experiencia suficiente como para poder interpretar adecuadamente esa información y considerase, equivocadamente, que aun así eso no iba a suponer que el puente se rompiera bajo su peso.

Creo, pues, que la falta significativa de algunos de estos tres elementos: disposición de la razón, información y experiencia para poder valorar la información, permite entender que la realización de la voluntad expresamente manifestada por el individuo puede no coincidir con la que cabe entender que sería su "auténtica" voluntad. Pues de llevarse a cabo el acto que se habría de realizar conforme a lo que indica su voluntad expresa se puede colegir que se derivaría un perjuicio en el adecuado desarrollo de los planes de vida de la propia persona, y es esta consideración la que justificaría que se adopte una medida paternalista actuando en contra de lo expresamente manifestado por la persona<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> En la doctrina me parece interesante, en este sentido, el enfoque de Aláez Corral, creo que en su análisis se puede apreciar también este planteamiento, siempre que salvásemos

No obstante, tomarnos en serio que se ha de respetar siempre la "auténtica" voluntad del individuo significa que cuando actuemos contra la voluntad manifestada por el individuo debemos de poder justificar muy claramente que esa voluntad manifestada no se corresponde con su "auténtica" voluntad, y, en este sentido, que las consecuencias de su acción han de perjudicar sus propios planes de vida, el libre desarrollo de su personalidad, de forma que ese perjuicio que se ha de derivar de esa acción es claramente contrario a lo que podemos presuponer que sería la voluntad de la persona de tener la razón, información y experiencia adecuadas.

Estas primeras consideraciones permiten entender que la medida paternalista nunca podrá conseguir su justificación amparándose en el consentimiento que posteriormente dé a la misma la propia persona a la que se le aplicó la medida paternalista. Primero, porque no es en una hipotética voluntad futura en la que se está justificando la medida paternalista, si no en una hipotética voluntad presente, que el sujeto no puede hacerla manifiesta exclusivamente porque no puede disponer de las facultades de la razón, la información o la experiencia adecuadas. Y, segundo, porque la voluntad futura del sujeto puede verse modificada precisamente por la propia realización de la medida paternalista, por lo que al cambiar la voluntad del sujeto estaremos: primero, produciendo el daño que precisamente tratábamos de evitar con la toma de la medida paternalista, al producirse un perjuicio en el desarrollo de los propios planes de vida de la

la muy importante consideración -que, de hecho, no siempre es salvable- de que él entiende (como buena parte de la doctrina) que con los derechos fundamentales se protege un interés de la persona, mientras que para mí el único interés que se puede entender que se protege es lo que he denominado como la "auténtica" voluntad del individuo (o, como último objetivo, el libre desarrollo de su personalidad); señalando, en este sentido, el citado profesor: "De esta necesidad de protección, expresada en el mandato dirigido a los poderes públicos y a determinados particulares que ocupan *ex constitutione* una posición de garante respecto de los menores de edad o los incapaces, se deriva no sólo la posibilidad de limitar el ejercicio por sí mismos de sus derechos (*autoejercicio*), sino también la de suplirlos e;n él (*heteroejercicio*) siempre que se den dos condiciones: una, que el grado de autodeterminación volitiva del menor o incapaz sea tan deficiente que les impida ejercitarlos por sí mismos, y, otra, que la facultad de cuyo heteroejercicio se trate permita satisfacer su interés iusfundamental". (En F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLA VERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, M. A. PRESNO LINERA, B. ALÁEZ CORRAL e I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 94).

persona objeto de tal medida, pues al modificar la voluntad del individuo modificamos necesariamente los planes de vida que el individuo libremente se hubiese dado de no haberse producido esa medida paternalista; y, segundo, no se puede considerar que se justifica una acción (la medida paternalista) con su aceptación por una voluntad transformada precisamente a consecuencia de haber llevado a cabo esa acción.

Con todo, atender a esas primeras consideraciones no nos permite determinar suficientemente cuándo una medida paternalista estaría o no justificada. Para ello es necesario atender también a la probabilidad de que el perjuicio en los planes de vida de la persona efectivamente se produzca de no realizarse la medida paternalista y a la importancia que en todo caso tendría ese perjuicio en el efectivo desarrollo de sus planes de vida. Lo que ha de suponer que para determinar si la medida paternalista a ejecutar está o no justificada es necesario atender a otras tres consideraciones previas y estrechamente vinculadas entre sí.

La primera, sería entender que la idea central es que la medida paternalista estará justificada cuando se pueda establecer que hay una alta probabilidad de producir un perjuicio grave en los planes de vida que legítimamente se puede presuponer que son conformes con la voluntad que la persona manifestaría en ese momento de tener la suficiente disponibilidad de la razón, información y experiencia. En este sentido, cuanto más probable y más grave sea el perjuicio que se ha de derivar de la permisón de la actuación conforme a la voluntad expresamente manifestada por el sujeto menos exigentes hemos de ser en la toma de datos que nos permitan ejecutar legítimamente la medida paternalista, porque más fácilmente se estará actuando de forma peligrosa contra los planes de vida de esa persona de no adoptar la medida paternalista; y, al contrario, cuanto menos probable y grave sea el perjuicio más exigente tenemos que ser a la hora de tomar los datos que nos permitan ejecutar legítimamente la medida paternalista, porque será más difícil que se esté actuando de forma peligrosa contra los planes de vida de esa persona de no adoptar la medida paternalista. Por seguir con el mismo ejemplo de Mili, si caer al río implicase un riesgo cierto de muerte, habrá que ser poco exigente con las consideraciones que ha de hacer el que ha de impedir a la otra persona intente cruzar el puente declarado inseguro, porque el perjuicio es muy probable y muy grave; sin embargo,

es cierto, que si se demostrase fehacientemente que la persona que intenta cruzar el puente toma la decisión sin que su razón se vea ofuscada por cualquier circunstancia, con la información pertinente y la experiencia que le permite haber valorado adecuadamente esa información, es decir, si fuese plenamente consciente del riesgo y lo aceptase tras la pertinente deliberación, no sería una medida paternalista justificada el que se le impidiese empezar a cruzar el puente; y, al contrario, si considerásemos que el puente es seguro pero que el paisaje del otro lado del puente es más feo que el que se deja y sólo por ello procurásemos impedir que se cruzase el puente, estaría claro que la medida paternalista estaría injustificada pues es altamente improbable que el resultado de que el individuo actúe conforme a su voluntad expresamente manifestada vaya a perjudicar gravemente sus planes de vida.

La segunda, sería que la probabilidad y la gravedad funcionan aquí en un sentido inversamente proporcional: cuanto más grave sea el perjuicio que se ha de producir de no ejecutarse la medida paternalista menos necesaria es la exigencia de la probabilidad de esa consecuencia perjudicial, y cuanto más probable es que se produzca un perjuicio en los planes de vida de la persona menos necesario es que se exija la gravedad del perjuicio que se ha de derivar "(entendiendo que nunca se ha de considerar un perjuicio banal, pues entonces estaríamos incumpliendo lo dicho en el párrafo anterior). Así, siguiendo con el ejemplo anterior, la gravedad de la pérdida de la vida hace que la medida paternalista de impedir empezar a cruzar el puente se justifique incluso aunque se supiese que lo más probable fuese, finalmente, que el puente aguantase el peso del que lo iba a cruzar o que éste sobreviviese a la caída. E igualmente la medida paternalista estaría justificada si se considerase que fuese altamente probable que de intentar cruzar el puente la persona no se mataría, pues no hay altura para ello, pero que sí iba a sufrir algún tipo de lesión.

Y la tercera, sería que en ese cálculo de probabilidades y perjuicios que se ha de realizar a fin de considerar la justificación o no de la ejecución de la medida paternalista, ha de considerarse no sólo lo que perjudicaría en los planes de vida de la persona objeto de la medida paternalista el que se realice o no la acción paternalista por las consecuencias derivadas de la acción que se fuese a tomar con-

forme a la voluntad expresamente manifestada, sino también lo que puede perjudicar en los planes de vida de la persona las consecuencias que se derivarían de la ejecución de la propia medida paternalista. Así, está claro que mientras que estaría claramente justificado parar a la persona que va a empezar a cruzar el puente sujetándole del brazo e informándole de que en el estado en que está el puente seguramente cederá ante su peso y sufrirá algún tipo de lesión; no lo estaría si le disparamos en las rodillas para impedirle cruzar el puente.

Conforme a todas estas consideraciones, la obligación de respetar, reconocer y proteger el libre diseño y desarrollo de los planes de vida de las personas con discapacidad, que constituyen el libre desarrollo de su personalidad, implica -más allá de los supuestos en que se estuviese perjudicando ilegítimamente a terceros- la obligación general de respetar la voluntad manifestada por la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, salvo en aquellos supuestos en que, por no poder disponer de las facultades de la razón, o por falta de información o de experiencia para poder procesar adecuadamente esa información, la persona con discapacidad no sea realmente consciente de las consecuencias que se van a derivar de llevarse a cabo la acción que expresamente manifiesta la voluntad de realizar y que, además, esas consecuencias, atendiendo a su gravedad y a la probabilidad de que se produzcan, sean claramente perjudiciales para el desarrollo de lo que cabe presuponer legítimamente que son sus propios planes de vida. En este caso, la medida paternalista estaría justificada siempre y cuando con ella se pretendiese conseguir, precisamente, que se realice ese libre desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad que es objeto de la misma<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> Creo que la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio, y el Auto del mismo Tribunal 261/1998, de 24 de noviembre, son los que mejor plantean estas ideas respecto a las personas con discapacidad. Se trataba de dar respuesta a los problemas que podría significar la "esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica", regulado en nuestro actual Código Penal en el artículo 156 (que viene a sustituir a lo establecido por el antiguo artículo 428, añadiendo, precisamente el segundo párrafo dedicado a la posible esterilización de las personas incapacitadas con grave deficiencia psíquica), desestimando nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 215/1995 la cuestión de inconstitucionalidad -con la existencia de votos particulares discrepantes- "sobre el artículo sexto de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428, por el que se

autoriza la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica". Aunque no me parece adecuado, conforme a las razones aducidas en este trabajo, el hincapié que se realiza en distintas ocasiones de que para permitir la esterilización se ha de tomar como criterio rector el mayor interés del incapaz, como también recoge textualmente el artículo 156 CP o el Fundamento Jurídico 4º del Auto, en el que se concluye que "el Juez habrá de comprobar que dicha calificación médica encuentra correspondencia con el contenido de ese mismo concepto enunciado, "grave deficiencia psíquica", para lo cual, asesorado por dos especialistas, oído el Ministerio Fiscal y la madre de la incapaz habrá de comprobar si, en atención al mayor interés de la incapacitada, se impone la esterilización como medida más aconsejable para que quien no puede conducirse por sí misma no padezca los efectos de un embarazo que podría afectar seriamente a su estabilidad emocional y personal y, al tiempo, no se vea sometida como contrapartida a prácticas anticonceptivas no menos perturbadoras para esa estabilidad, para que no se produzcan en fin los efectos indeseables referidos en la STC 215/1994". Creo, sin embargo, que hubiese sido mejor establecer de forma nítida que el criterio a tener en cuenta era la supuesta voluntad de la incapaz, es decir, lo que entiendo como su "auténtica" voluntad. De hecho, me parece que esa identidad entre "auténtica" voluntad de la incapaz y su "mejor interés" queda mostrada en el propio texto del citado artículo 156, que en el primer párrafo permite la esterilización de las personas que manifiesten claramente su voluntad en ello -"salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que el otorgante sea menor de edad o incapaz"-, pues "el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal"; así como en algunos interesantes pasajes de la Sentencia, como en el Fundamento Jurídico 2º: "Se desprende de este planteamiento, que es el que surge de relacionar lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 428 del CP en sus dos vertientes de personas capaces e incapaces, que lo que este Tribunal tiene que ponderar principalmente y en primer lugar, sin perjuicio de atender también a la argumentación del auto de planteamiento y a la finalidad del precepto y proporcionalidad de la medida -cuestiones que trataremos en otros fundamentos-, es la relativa a las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz"; o en el fundamento Jurídico 3º: "La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia "grave" y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve". De esta manera, entiendo que son adecuadas, conforme a lo que argumento en el texto principal, las exigencias que señalaba el Tribunal Constitucional en los Fundamentos Jurídicos 4º y 6º de la Sentencia 215/1994, al reconocer, respectivamente, que "El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la

intervención entraña". Y: "Un último punto a tratar es el de la compatibilidad entre la previsión legal cuestionada y lo dispuesto en el art. 49 de la Constitución. Acerca de este extremo, el órgano judicial se ciñe a preguntar, sin más consideraciones, en qué contribuye la esterilización que el precepto controvertido permite a la "previsión, tratamiento, rehabilitación e integración" de las personas mentalmente retrasadas. A este respecto tenemos que decir, reiterando la vía argumental que venimos sosteniendo, que la medida arbitrada por los poderes públicos, en este caso el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 CE, puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente".